

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TALYZ WILLIAM RECH

**A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ACORDOS DE LENIÊNCIA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Atuação ministerial nas Leis Anticoncorrencial (Lei n. 12.529/11) e Anticorrupção (Lei
n. 12.846/13)

FLORIANÓPOLIS - SC
2017

TALYZ WILLIAM RECH

**A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ACORDOS DE LENIÊNCIA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Atuação ministerial nas Leis Anticoncorrencial (Lei n. 12.529/11) e Anticorrupção (Lei
n. 12.846/13)

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Moraes
da Rosa


FLORIANÓPOLIS - SC
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

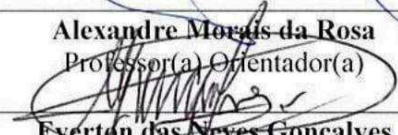
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO – ATUAÇÃO MINISTERIAL NAS LEIS ANTICONCORRENCIAL (LEI N. 12.529/11) E ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/13)**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **TALYZ WILLIAM RECH**, defendido em **22/06/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

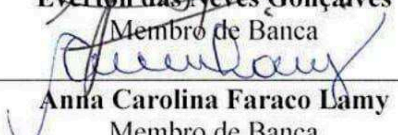
Florianópolis, 22 de Junho de 2017



Alexandre Morgis da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Everton das Neves Gonçalves
Membro de Banca



Anna Carolina Faraco Lamy
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **TALYZ WILLIAM RECH**

RG:

CPF: **7079510918**

Matrícula: **12200082**

Título do TCC: **A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO – ATUAÇÃO MINISTERIAL NAS LEIS ANTICONCORRENCIAL (LEI N. 12.529/11) E ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/13)**

Orientador(a): **Alexandre Morais da Rosa**

Eu, **TALYZ WILLIAM RECH**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 22 de Junho de 2017


TALYZ WILLIAM RECH

À memória de meu avô, Jacob João Rech.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, pela ideia original para a construção deste trabalho, bem como pela paciência, disponibilidade, e atenção dispendidas comigo.

Agradeço aos membros da banca, o Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves e a Mestra Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy, pelos apontamentos e instruções fornecidas ao longo da produção desta monografia.

Agradeço à minha família, pelo apoio durante meu percurso na faculdade de Direito.

Agradeço aos meus amigos, por todo o carinho e incentivo fornecido.

Muito obrigado.

RESUMO

O Acordo de Leniência é instrumento probatório derivado da *common law* dos países anglo-saxões, e apenas recentemente começou a ser utilizado em países de tradição jurídica europeia continental, como o Brasil. O Estado não é capaz de fiscalizar toda a atividade econômica que acontece em seu círculo de soberania. Assim, muitas das condutas prejudiciais à ordem econômica permanecem ocultas. O Direito Premial, então, oferece uma solução inteligente, pautada na maior importância que o Estado dá para a prevenção e a interrupção da continuidade dessas condutas, se comparados ao sancionamento puro e simples dos seus responsáveis. O Acordo de Leniência incentiva os próprios infratores a colaborarem com a dissolução da organização criminosa, em troca de algum benefício legal, como a redução da multa aplicada, ou a imunidade completa nas esferas administrativa, cível e penal. A participação do Ministério Público, cujas funções institucionais são a defesa da ordem econômica e do patrimônio público, dentre outras, é essencial para a efetivação dos objetivos propostos pelo Acordo de Leniência.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Direito Concorrencial. Direito Premial. Acordo de Leniência. Combate à Corrupção. Ministério Público.

ABSTRACT

The Leniency Agreement is an evidence producing tool derived from the common law of the Anglo-Saxon countries, and has only recently begun to be used in countries with a continental European legal tradition, such as Brazil. The State is not able to supervise all the economic activity that happens in its circle of sovereignty. Thus, many of the harmful behaviors to the Economic Order remain hidden. The Premial Law, then, offers a smart solution, based on the greater importance that the State gives for the prevention and interruption of the continuity of these behaviors, if compared to the pure and simple sanction of its responsible ones. The Leniency Agreement encourages the offenders themselves to cooperate with the dissolution of the criminal organization in exchange for some legal benefit, such as the reduction of the sanction applied, or full immunity in administrative, civil and criminal matters. The engagement of the Public Prosecutor's Office, whose institutional functions are the defense of the Economic Order and the public property, among others, is essential for the accomplishment of the objectives proposed by the Leniency Agreement.

Keywords: Economic Criminal Law. Competition Law. Plea Bargain. Leniency Agreement. Corruption Enforcement. Public Prosecutor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O INSTITUTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS	11
1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	11
1.2 HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO MUNDO E SUA RELAÇÃO COM A DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	19
1.3 HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM A COLABORAÇÃO PREMIADA.....	31
2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	38
2.1 A PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA.....	38
2.2 CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA: A LEI N. 8.137/1990 E O CRIME DE CARTEL	54
2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A LEI N. 12.529/2011	64
2.4 ACORDO DE LENIÊNCIA E A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	90
3. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO	101
3.1 CONTEXTO POLÍTICO E SOCIAL DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL	103
3.2 A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/13): RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E COMPLIANCE	110
3.3 A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/13): ACORDO DE LENIÊNCIA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	125
CONCLUSÃO.....	134
REFERÊNCIAS.....	137

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo estudar a atuação do Ministério Público no instituto do Acordo de Leniência no Direito Brasileiro, não só no que tange à sua aplicação no Direito Antitruste, mas em todo o ordenamento jurídico, levando em consideração o histórico do instituto no Brasil, seu objetivo e seus resultados.

Pretende-se, também, estudar as tendências normativas que influenciarão o projeto de lei que visa normatizá-lo na Lei n. 12.846/13, a Lei Anticorrupção, em face do momento pelo qual nosso país passa e da importância da atuação do Ministério Público para efetivar o combate à corrupção. Para atingir esse objetivo, procurou-se dividir o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, descreveremos os aspectos jurídicos do Acordo de Leniência. Para isso, trabalharemos o contexto histórico do surgimento do Direito Premial no mundo e sua relação com a defesa da concorrência, bem como sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Trataremos também da relação do Acordo de Leniência com a colaboração premiada, e da mudança de paradigma que isso representa para o Direito Penal.

Dando seguimento, o segundo capítulo será voltado para o estudo do Acordo de Leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Desta forma, será necessário trabalhar com conceitos básicos de Direito Econômico como, por exemplo, o poder econômico, a livre iniciativa, a livre concorrência, bem como a articulação de todas essas noções com a Ordem Econômica. Fecharemos a porção desse trabalho reservada ao Direito Antitruste com o estudo dos cartéis e da atuação do Ministério Público no âmbito da Lei n. 12.529/11.

Por fim, no terceiro capítulo, buscaremos estudar como o Acordo de Leniência foi transplantado da legislação anticoncorrencial para fazer parte do instrumental que o Poder Público tem a sua disposição no combate à corrupção, através da Lei n. 12.846/13. Aqui também serão estudadas as perspectivas de normatização da atuação ministerial no Acordo de Leniência, através dos Projetos de Lei n. 3.636/2015 e n. 4.850/2016.

O método adotado no presente trabalho foi o dedutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, em fontes primárias, secundárias e terciárias.

Em que pese entendermos ser muito relevante o estudo a fundo da Análise Econômica do Direito para o objetivo que pretendemos ¹, não será possível desenvolver seu aprofundamento por limitação de escopo teórico, de tempo e de material bibliográfico.

Apesar disso, buscaremos sempre manter em mente as implicações econômicas dos institutos que serão trabalhados a seguir, fazendo, quando possível, colocações pontuais capazes de relacionar o objeto em estudo à Teoria da Análise Econômica do Direito.

Entendemos, por fim, que esse estudo pode ser muito relevante para instrumentalizar a atuação do Ministério Público nos Acordos de Leniência no Direito Brasileiro.

Por isso, o autor desse trabalho deixa registrado aqui, de antemão, seu interesse em seguir esse instigante caminho para pesquisa futura, aplicando os ensinamentos das escolas de Análise Econômica do Direito e da Teoria dos Custos de Transação ao Direito Concorrencial² e ao estudo do combate à corrupção, em uma futura dissertação de mestrado.

¹ ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Análise econômica do direito e direito da concorrência brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.98, p. 231-255, jul./dez.2008.

1. O INSTITUTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS

Iniciaremos o presente trabalho estudando os aspectos jurídicos do instituto do Acordo de Leniência, seu contexto histórico e inserção do Ordenamento Jurídico brasileiro.

O capítulo 1 será, portanto, totalmente voltado a fornecer ao leitor os conceitos básicos necessários para entender a aplicação do instituto no Brasil, bem como o interesse estatal em fomentar sua aplicação.

Tentaremos sintetizar, também, o histórico do acordo no mundo e no Brasil, na mesma medida em que desenvolveremos as premissas necessárias para fundamentar a necessidade do seu uso para garantir a proteção da livre concorrência e da Ordem Econômica.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O acordo de leniência surge no Direito Brasileiro como instrumento de política criminal cujo objetivo é ampliar o poder investigativo³ das autoridades responsáveis pela defesa da ordem econômica, em especial, no que tange à defesa da concorrência, utilizando-se, para isso, do direito premial.⁴

Trata-se de uma espécie de delação premiada, cuja natureza jurídica é de fonte probatória, importada do direito norte-americano e inicialmente utilizado no combate às infrações contra a ordem econômica ou outros atos que coloquem em risco a livre concorrência, como é o caso da formação de cartéis.⁵

³ Conforme André Maciel Vargas dos Santos “[...] a ineficácia dos instrumentos de combate aos atos de concentração de mercado levou as autoridades antitrustes a enxergarem no acordo de leniência um caminho para a ampliação dos seus poderes de investigação, através do incentivo aos agentes econômicos para que forneçam provas que ajudem a condenar todos os demais membros dos cartéis e encerrar os efeitos nocivos dessas organizações sobre a economia” In SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁴ “Desta forma, é um instrumento de política criminal que amplia os poderes de investigação dos órgãos responsáveis pela fiscalização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a fim de que se permita a colaboração do agente infrator, utilizando-se do direito premial.” In SALOMI, Maira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 130.

⁵ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 47.

O acordo de leniência é realizado na esfera administrativa, primariamente com pessoa jurídica interessada em corrigir situação de ilegalidade, ter abrandada sanção eventualmente passível de ser aplicada a si, ou mesmo exonerada completamente das penalidades legais, em troca de confissão do ilícito e fornecimento de evidências capazes de levarem à apuração da infração na qual esteja envolvida.

Para Shirlei Silmara de Freitas Mello, Patrícia Lopes Maioli e Leandro de Paula Assunção Abati

o termo leniência descreve um sistema que visa uma exoneração parcial ou total das penalidades aplicáveis a qualquer participante de infração à ordem econômica que confesse o ilícito e apresente provas que sejam suficientes para a condenação dos envolvidos na infração, conforme dispõe o art. 86 da Lei n. 12.529/11.⁶

Traduz-se em importante instrumento investigativo devido ao fato de que os ilícitos para os quais a lei prevê sua aplicação são, em geral, de difícil descoberta. São atos que, pela sua própria natureza, ocorrem na obscuridade e são perpetrados por meio da utilização de instrumentos fraudulentos que acobertam sua existência.

Desta forma, Livia Gonçalves resume o instituto como uma troca de vantagens entre a autoridade pública e o delator, firmada pela compreensão de que apenas a concessão da referida vantagem é capaz de provocar a delação necessária para pôr a termo de modo célere a prática destes atos.⁷

No Direito Brasileiro, experiência positiva obtida pela sua aplicação na apuração de infrações contra a livre concorrência recentemente motivou o legislador a introduzir sua aplicação no combate aos atos que ferem a incolumidade da Administração Pública, provocando lesão ao patrimônio público e deturpação das estruturas governamentais.⁸

⁶ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. **O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.45, p. 153-167, jan./mar. 2014.

⁷ “Com efeito, o Acordo de Leniência se desdobra como um acelerador, na investigação antitruste, que viabiliza uma solução mais expedita e eficiente por parte das autoridades públicas. Pelo Acordo, um agente – parte do conluio – revela ou delata detalhes do funcionamento do ilícito em troca de um tratamento leniente ou favorecido. A delação é fundamental, pois sem ela o rompimento da colusão ilícita entre os concorrentes seria muito mais demorado e a um custo muito mais alto para o Estado. A vantagem para o delator, por outro lado, é a redução total ou parcial da pena que lhe cabe ou, até mesmo, a extinção de punibilidade” In GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p. 202.

⁸ “Nesse sentido, é de se ver que o instituto do Acordo de Leniência, na realidade concorrencial, mostra-se como uma figura híbrida, já que confere ao CADE disposição de afastamento de responsabilidades

Mais especificamente, a ideia principal era alcançar o mesmo sucesso que o instituto da delação premiada obteve nos acordos com pessoas físicas para o desvelo de organizações criminosas, a identificação de seus coautores e a responsabilização pessoal de cada um no âmbito do Processo Penal.

A similaridade dos dois institutos, bem como das circunstâncias fáticas nas quais eles são aplicáveis, levou o legislador a concluir pela possibilidade de reproduzir os resultados obtidos pela colaboração premiada, no âmbito da criminalidade organizada, e pelo próprio acordo de leniência antitruste, ampliando seu escopo para o âmbito pré-processual e de responsabilização administrativa da pessoa jurídica no combate à corrupção no Brasil.

Entender como o ordenamento brasileiro recebeu instituto cunhado no *common law* e o incorporou ao Sistema de Defesa da Concorrência, marcado pela peculiaridade do bem jurídico que se propôs a proteger, esclarece também as necessárias mudanças paradigmáticas que estão se desenhando no Brasil acerca da função da pena, do Direito Penal, e da utilização dessas ferramentas pelo Estado para atingir seus objetivos.

Inicialmente, é necessário salientar que há uma aparente contradição na conciliação do esforço do legislador para observar garantias constitucionais no âmbito do Direito Processual Penal Substantivo, com a necessidade de encontrar soluções eficazes para situações que fogem do controle estatal, através do oferecimento de incentivos.

A mudança de paradigma, aludida anteriormente, tenta conciliar estas duas preocupações estatais ao passo que inverte a polaridade da atuação repressiva do Direito Penal em seus diversos ramos. Visando atribuir à lei um efeito profilático melhor adaptado à consecução do resultado a que se propõe, o Direito Penal Premial nasce com a reinterpretação das garantias constitucionais individuais.⁹

administrativa e penal, a quem colabore consigo. De todo modo, ele se sagrou, na literatura especializada, como verdadeiro pilar fundamental da Política Nacional de Proteção da Ordem Econômica no Brasil, justamente por seu caráter preventivo e reativo às atividades de cartel. Esse exemplo é a inspiração básica da Lei Anticorrupção” In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.103, n.947, p. 157-177, set./2014, p. 165.

⁹ Nesse sentido, Flaviane de Magalhães Barros de Moraes conclui que “do caráter retributivo do crime, imputável a partir de um mal causado, de um possível dano a direito juridicamente protegido, após um fato praticado e devidamente previsto, típico, passa-se a falar de um direito penal premial e até preventivo.” In MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros de. **A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal brasileiro: um estudo a partir da 'Operação Lava Jato'**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.24, n.122, p. 93-113, ago. 2016, p.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, a concepção de Direito Premial no Brasil foi forjada pela questionável realidade penal brasileira, que, na procura de solução de problemas contextuais, buscou legislações de emergência, muito influenciadas pela *common law*, para aumentar a eficácia da atuação estatal.¹⁰

Mesmo precavendo o leitor em relação às possíveis deturpações processuais de direitos fundamentais, trazidas por flexibilizações incomuns ao rígido sistema normativo, já no início da década de 1990, na obra *Direito e Razão*, Ferrajoli aceitava que

uma tal redução das penas e a consequente simplificação do sentido acusatório do processo penal representam hoje, no meu modo de ver, os objetivos primários da política garantista do direito penal. Talvez para se chegar a tais resultados, o caminho através das transações e das medidas alternativas seja um custo necessário.¹¹

No mesmo sentido, e já adiantando o ponto nevrálgico do presente trabalho, aponta Alexandre Morais da Rosa, quando lembra que

tentar encaixar a barganha nas categorias clássicas do processo penal brasileiro é um erro lógico de abordagem. Precisamos de novos pressupostos para compreensão, especialmente no tocante à distinção entre “direitos fundamentais” e “privilégios”, já que a disponibilidade da ação penal e o do direito (e não dever) ao processo serão os pressupostos ao estabelecimento do mercado da barganha.¹²

Na busca pelo resultado eficaz, o Direito Premial parece percorrer um caminho perigoso ao longo das bordas dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em recente análise de julgados que contemplavam institutos análogos ao *plea bargain*, Michele de Brito concluiu que

a eficiência é o significante primeiro (por vezes o único) considerado pelo julgador, condicionando a leitura e a interpretação dos textos legislativos em matéria de delação premiada. Previsão legal e prestação jurisdicional parecem falar a mesma língua, parecem seguir a mesma direção: a da rápida resposta penal (condenatória) ao menor custo probatório possível. A análise do instituto com base em considerações sobre direitos fundamentais é absolutamente inexistente.¹³

94.

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.103, n.947, p. 157-177, set./2014, p. 159.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi; BIANCHINI, Alice (Colab.). **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.689.

¹² ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev. atual, e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 515.

¹³ BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**.

Por esse motivo, críticas à flexibilização do formalismo do devido processo legal¹⁴ promovida pelos institutos em comento são contemporâneas à própria aplicação desses institutos.

Posto que a própria essência do instituto decorre do rompimento com o formalismo exigido pelos clássicos ditames processuais, André Maciel Vargas dos Santos, por exemplo, defende a rigidez legal nos requisitos de concessão do Acordo de Leniência, buscando um equilíbrio que promova a preservação das garantias processuais penais.¹⁵

Na mesma esteira, relatos de discricionariedades abusivas por parte das autoridades competentes apontam para a transformação do incentivo premial em ferramenta coercitiva voltada a desequilibrar o jogo¹⁶ e a transfigurar seu objetivo.

Por outro lado, ao passo que a problematização do Direito Premial no Ordenamento Jurídico Brasileiro se constrói, parte da doutrina vê com bons olhos a sua instauração.

Para essa parcela, a troca de vantagens mútuas leva o particular a negociar acordo que fornece informações e provas capazes de culminar na cessação das

Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 138.

¹⁴ “A Constituição Federal de 1988 colocou o processo administrativo em um patamar mais significativo, equiparando-o ao judicial no que diz respeito à indispensabilidade da sua instauração e às garantias do contraditório e ampla defesa, quando está em jogo a restrição a direitos e liberdades. Assim, hoje se encontram os pressupostos que regem o processo administrativo no mesmo nível dos que regem o judicial, por força do artigo 5.º, inciso LV, o qual assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” In SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

¹⁵ SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

¹⁶ Em impecável crítica a aplicação do instituto no Direito Brasileiro, Flaviane Barros de Moraes demonstra que “criou-se portanto um cenário em que a colaboração premial, seja no âmbito penal por meio da delação ou no âmbito cível/administrativo é tratada de forma subjetiva, com benefícios e prêmios que não estão apenas fixados e garantidos pela Lei, mas que são tratados de forma discricionária, chegando a pontos de subjetivismo, pois são usados inclusive como trunfos para que, nos termos de um jogo (elementos de teoria dos jogos são claros e evidentes), os demais investigados também sejam coibidos a fazer acordos. A confusão entre acordo de leniência e delação premiada, conjugado com prisões preventivas por longos períodos de investigados ou denunciados retira um elemento essencial ao acordo, que é a boa-fé objetiva, a autonomia da vontade e a livre escolha dos colaboradores, já que os limites legais estabelecidos para a base do acordo não são respeitados e ampliam-se exigências e criam-se condicionantes outras, a partir da vontade da autoridade que assina o acordo” In MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros de. **A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal brasileiro: um estudo a partir da 'Operação Lava Jato'**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.24, n.122, p. 93-113, ago. 2016, p. 110/111.

atividades ilegais.

Ou seja, o acordo de leniência é negócio jurídico derivado do princípio da consensualidade¹⁷ contratual, ocorrendo na forma de transação administrativa, haja vista que consiste em “uma negociação, mediante concessões recíprocas, que visa o encerramento das atividades ilegais por meio das informações e provas fornecidas pelo envolvido contratante”¹⁸.

Apesar dos embates doutrinários persistirem desde o momento de introdução dos institutos premiais no Direito Brasileiro até os dias de hoje, nota-se que a opção do legislador vem sendo no sentido de ampliar a sua aplicação e não restringi-la, como percebe-se pela introdução do instituto na Lei Anticorrupção.¹⁹

Em relação aos esforços estatais quanto à proteção à concorrência, logo percebeu-se que os resultados pretendidos seriam mais facilmente atingidos por meio de uma atuação voltada a incentivar a dissolução das estruturas das organizações.²⁰

Percebeu-se, também, que o incentivo mais eficiente deveria promover a quebra da estrutura criminosa de dentro para fora, com benefícios que, dentro da lógica de mercado e dos jogos de interesses do mundo dos negócios, compensassem uma interrupção calculada das atividades infratoras.²¹ Essa abordagem mostra-se

¹⁷ “A consensualidade aplicada à proteção da livre concorrência é vital para que as condutas anticoncorrenciais sejam investigadas e punidas uma vez que a complexidade e dificuldade de investigação inviabilizam, por muitas vezes, a verificabilidade dos casos concretos. Deste modo, a possibilidade de assinatura de um acordo de leniência entre autoridade antitruste e infrator, com o fim da busca da verdade real dos fatos, é de importância ímpar para a proteção do mercado. O acordo de leniência é, pois, corolário do princípio da consensualidade; haja vista que se trata de uma contratualização administrativa, a qual visa um acordo de vantagens recíprocas em Administração e infrator, objetivando a maior efetividade” In MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. **O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.45, p. 153-167, jan./mar. 2014, p. 165/166.

¹⁸ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. **O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.45, p. 153-167, jan./mar. 2014, p. 165.

¹⁹ BRASIL, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

²⁰ A origem do Acordo de Leniência no combate às condutas anticoncorrenciais, por exemplo, dá-se nos Estados Unidos da América, como se verá a seguir. Segundo Anna Carolina Faraco Lamy, “o Acordo foi pensado para acautelar a ordem econômica dos crimes de cartel; isto porque a coleta de sua prova é de extrema dificuldade devido ao caráter fraudulento e secreto da conduta anticoncorrencial. Assim, a ideia de contar com a participação e ajuda dos próprios agentes cartelizadores foi a solução mais coerente encontrada pelo Poder Público, para compensar sua incapacidade de alcançar as condutas e combater-las” In LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 52/53.

²¹ Conforme Ibrahim Sobral, citado por André Maciel Vargas dos Santos, “dada a ilegalidade e a clandestinidade que revestem a formação e a atuação de cartéis, a sua investigação e a comprovação

mais bem-sucedida que a normatização voltada a ameaçar a existência do acerto anticoncorrencial com pesadas penalidades legais, por fora do escopo do mundo corporativo e de suas práticas.²²

Primeiro, porque o desvelamento dos atos perpetrados em conluio de empresas para prejudicar as relações de consumo é de difícil consecução; quase sempre são praticados de maneira sigilosa e fraudulenta, procurando simular situações de normalidade mercadológica e camuflar a real intenção de seus participantes.²³

O mesmo argumento vale, na verdade, para qualquer prática criminosa meticulosamente organizada. Por exemplo, ao analisarem a nova Lei Anticorrupção, Egon Bockmann e Andreia Cristina Bagatin apontam que a dificuldade encontrada pelas autoridades administrativas ao investigarem ilícitos concorrenciais também se manifesta de forma genérica na persecução criminal a qualquer ilícito estruturado em concurso de pessoas. Para os autores

Na medida em que a prática é ilícita, é evidente que não é perpetrada aberta e publicamente. A tendência é a de que seja praticada de modo dissimulado, conhecida apenas por um pequeno grupo (em especial, por aqueles que auferem vantagem da prática — e que podem sentir as consequências negativas de sua divulgação) e, no mais das vezes, acobertada com práticas formalmente lícitas que servem de anteparo para a prática ilícita.²⁴

As dificuldades encontradas pelas autoridades fiscalizadoras não se

são bastante complexas, exigindo dos órgãos estatais mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática venha a público.” In SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017, *apud*, SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação**. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 8, p. 131-146, n. 2, 2001, p. 134.

²² “Em outras palavras: aquele que adota conduta contrária ao direito possui mais informações sobre o fato e não tem qualquer incentivo para fornecê-las àqueles que podem contrastar o ato por si praticado e, mesmo, responsabilizá-lo pela prática ilícita. Ao contrário, o incentivo segue justamente no sentido de acobertar a prática ilícita, continuar a auferir os benefícios dela derivados e evitar a responsabilização” In MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014, p. 74.

²³ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. **O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.45, p. 153-167, jan./mar. 2014, p. 165.

²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014, p. 74.

limitam à natureza fraudulenta e dissimulada dos atos danosos, mas são reflexo, inclusive, do desnível verificado entre o limitado poder de investigação da Administração Pública e o vasto poder econômico das grandes empresas e corporações. Essa desigualdade de condições resulta na impossibilidade de obtenção de provas dos conluíus lesivos, lentidão e custo elevado da atividade investigativa, culminando na já mencionada ineficácia da atuação estatal repressiva.²⁵

É justamente por esses motivos que o Acordo de Leniência é considerado por Moreira e Bagatin como

um incentivo em sentido contrário àquele que usualmente orienta quem praticou o ilícito (ou o pratica ou tem conhecimento da sua prática). Como o risco de ser apanhado (e, por conseguinte, sancionado) é inerente ao ilícito, o acordo de leniência tenta inverter a lógica daquele que se envolveu na conduta indevida. Estimula o fornecimento de informações que permitam que a prática seja combatida, encerrada e sancionada, afastando parcela das sanções que incidiriam sobre quem dela participou, mas decidiu colaborar por meio do fornecimento dos dados.²⁶

O segundo motivo que determina que o incentivo legal, voltado a desarticular a prática criminosa por dentro, seja mais eficiente que a ameaça sancionatória é a inerente instabilidade interna que os cartéis possuem. Conforme demonstrado por Livia Cardoso Viana Gonçalves,

há grande dificuldade e complexidade em se comprovar a existência de cartéis e puni-los, mas, por outro lado, uma instabilidade estrutural dos cartéis que auxilia a tarefa. A traição ao cartel podem gerar ganhos expressivos para o membro do conluio que decidir burlar o acordo, desde que não seja flagrado pelos demais integrantes. Isso faz com que os cartéis sejam obrigados a ter mecanismos de controle relativamente detalhados, os quais, por sua vez, pode facilitar a obtenção de flagrante pelas autoridades e a comprovação da existência do cartel.²⁷

²⁵ No mesmo sentido: “A discrepante relação entre o parco poder de investigação da administração antitruste e o imponente poder econômico das empresas potencializa, e em parte caracteriza, um mercado marcado por infrações concorrenciais que geram incontáveis prejuízos à eficiente alocação de recursos. Na realidade pátria, esse desequilíbrio é refletido na severa dificuldade para obtenção de prova dos ilícitos, no alto custo investigativo e na demora da investigação antitruste, características que, associadas à atuação repressiva de esferas diversas estatais, tem impedido a efetiva proteção da ordem econômica” In GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p. 201.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014, p. 74.

²⁷ GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p. 211.

Ou seja, as mesmas pressões capazes de manter um cartel funcionando, poderiam ser capazes de provocar o seu desfazimento. A observação parece ser válida para qualquer categoria de infrações realizadas com concurso de pessoas. Especificamente no caso da formação do cartel, meticulosa estrutura precisa ser montada a fim de garantir a manutenção de preços lucrativos e de acomodar ou excluir do sistema, ou mesmo do mercado como um todo; novos competidores.

No caso específico do crime de cartel, Anna Carolina Faraco Lamy relata, ainda, que, na vida real do empresário brasileiro,

o que induz o ingresso em atividade cartelizadora, em regra, não será, necessariamente, em primeiro momento, a vontade de prejudicar a livre concorrência, mas, a necessidade de cada empresário de garantir a subsistência de seu próprio empreendimento.²⁸

Desta forma, considerando as dificuldades para investigar as condutas perseguidas, mas, ao mesmo tempo, apostando na fragilidade estrutural inerente ao sistema, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1978, cria o Acordo de Leniência.

O instituto nasce, portanto, com o objetivo de desmanchar as complexas relações internas formadas pelo conluio das empresas infratoras, por meio do oferecimento de opção viável à manutenção da situação de irregularidade da empresa, calcada na transação e no Direito Premial.

1.2 HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO MUNDO E SUA RELAÇÃO COM A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A origem do Acordo de Leniência acompanha a história do combate às condutas anticoncorrenciais, estando com ela intimamente relacionada, como não poderia ser diferente. Ela ocorre nos Estados Unidos da América, em 1978, com a criação do Programa de Leniência (*Leniency Program*), pelo Departamento da Justiça, órgão a quem compete a defesa da concorrência naquele país.²⁹

²⁸ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 18.

²⁹ SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

O pioneirismo americano no combate às condutas anticoncorrenciais, no entanto, data ainda do século XIX, quando a Lei Sherman Antitruste (*Sherman Antitrust Act*) tratou, em 1890, de tipificar como ilícito penal acordos entre empresas concorrentes visando “fixar preço, restringir ou combinar produção, ou de outra maneira restringir a força da concorrência, sujeitando os infratores a pesadas multas e ordenando a imediata dissolução do pacto”.³⁰

Ainda sobre a *Sherman Act*, Vinícius Marques de Carvalho explica que a legislação que inovou na caracterização das condutas anticompetitivas foi

produto de debates políticos intensos sobre as melhores formas de controlar a aceleração da concentração econômica principalmente nos setores de telecomunicações e ferrovias, no final do século XIX, promovida pelas grandes corporações econômicas e disciplinadas por meio de um instrumento contratual chamado *trust*. Por meio desse instrumento viabilizava-se a dissociação, já aqui mencionada, entre detenção da riqueza e controle sobre ela.³¹

O contrato de *trust* era, portanto, “uma modalidade importante de concentração do poder econômico e viabilizaram, na sociedade anônima, a divisão entre ‘acionistas de controle’ e ‘acionistas de fruição’”.³²

O referido instrumento contratual, tornado ilegal pela *Sherman Law*, acabou por transformar-se numa expressão geral utilizada para designar toda situação na qual grandes empresas, combinação de sociedades empresariais, ou monopólio, obtêm o controle de um determinado setor do mercado.

Na verdade, o *trust* era apenas um dos meios, advindo de um contrato societário, que viabilizava esse controle mercadológico. Nesse sentido, explica Isabel Vaz que o surgimento da proibição desta forma de contrato ocorreu

No caso da Standard Oil, Rockefeller conseguiu que os acionistas de diversas companhias de petróleo confiassem suas ações a um grupo de indivíduos, os *trustees*, a troco de *trusts certificates* representativos de um interesse no capital social e dando direito a dividendos correspondentes às ações trocadas contra aqueles certificados. Os titulares de ações não alienavam senão seus direitos de gerência e de controle sobre a sociedade. Esses direitos individuais ficavam centralizados nas mãos dos *trustees*, que chegavam,

³⁰ GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p. 204.

³¹ CARVALHO, Vinicius M. de, O sistema Brasileiro de defesa da concorrência. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 370.

³² VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 91.

assim, a dirigir a política de venda do *trust* como se se tratasse de uma empresa homogênea. O poder de tais agrupamentos eliminava a concorrência das empresas isoladas, chegando a monopolizar todo um setor da indústria a favor do *trust*.

[...]

...o *trust* podia estabelecer tarifas vantajosas; e o acionista, que à primeira vista podia parecer lesado por esta alienação de seus direitos, era logo recompensado por interessantes dividendos.³³

A legislação voltada a combater as condutas anticoncorrenciais, devido à importância histórica da *Sherman Act* em relação ao banimento do contrato de *trust* do ordenamento americano, passaram a receber a denominação de leis “antitruste”.

Apesar desse esforço legislativo, em razão da sua redação sucinta³⁴, a Suprema Corte americana resistiu em aplicar a lei, hesitando em intervir na atividade econômica com base em uma legislação desconhecida, inédita e de conceitos ambíguos e constitucionalidade questionável.³⁵

Martin J. Sklar³⁶ informa que foi apenas em 1897, sete anos após promulgada a lei, que a Suprema Corte venceu o impasse interpretativo, declarando não haver distinção entre restrição de comércio motivada ou desmotivada (*reasonable and unreasonable restraints of trade*) no caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*.³⁷

Nos anos subsequentes, a corte julgou uma série de casos emblemáticos que construíram a jurisprudência americana acerca das condutas cartelizadores. Algumas dessas ações foram, a exemplo da referida *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, também julgadas contra companhias ferroviárias.³⁸

Outros exemplos de ação judicial contra cartéis, no entanto, ocorreram em

³³ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 92.

³⁴ A cláusula principal do *Sherman Act*, sua Seção 1, tinha a seguinte redação: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal” – em tradução livre: “Todo contrato, combinação, pactuado na forma de truste ou de qualquer outra forma, ou conspiração, que restrinja (de forma desarrazoada) o comércio ou o mercado dentro de vários Estados, ou nações estrangeiras, é declarado ilegal.”

³⁵ ORLANDO, Anthony. **An Early Assessment of the Sherman Antitrust Act: Three Case Studies**. Wharton Research Scholars University of Pennsylvania, Filadélfia: 2009, p. 4. Disponível em: <http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=wharton_research_scholars>. Acesso em: 5 mai. 2017

³⁶ SKLAR, Martin J. **The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The Market, the Law, and Politics**. Cambridge University Press, Cambridge: 1988, p. 93-154.

³⁷ Trata-se da teoria da “regra da razão”, utilizada inicialmente pela Corte para abrandar a aplicação literal do dispositivo legal, a partir da qual só seriam ilegais concentrações de mercado advindas de contratos de aquisição de empresas realizados de forma “desarrazoada”.

³⁸ Alguns exemplos são *United States v. Joint Traffic Association* e *Northern Securities Co. v. United States*, em 1898.

casos que envolviam a indústria carbonífera (*Chesapeake & Ohio Fuel Co. v. United States*), petrolífera (*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*) e tabagista (*United States v. American Tobacco Co.*).

Apesar do estabelecimento efetivo da ação estatal contra práticas anticompetitivas, a Lei Sherman logo começou a mostrar que precisava de complementação, haja vista os inúmeros casos de denúncias que não vingavam.

Para isso, complementares à *Sherman Act*, uma série de leis e atos administrativos foram promovidos nos anos seguintes, consolidando o “arcabouço legal do sistema antitruste estadunidense”.³⁹

Dentre essas iniciativas do governo americano, destaca-se a criação da *Federal Trade Commission*, em 1914, autoridade antitruste americana, destinada a coibir a prática de métodos ilícitos de concorrência e promover a proteção ao consumidor, dotada de funções de investigação, informação e repressão à concorrência desleal.

No mesmo ano, foi promulgada a Lei Clayton Antitruste (*Clayton Antitrust Act*), adicionando novas condutas, originalmente não previstas nos dispositivos da Lei Sherman, ao rol de crimes contra a concorrência.

Cabe destaque, ainda, à Lei Robinson-Patman (*Robinson-Patman Act*), de 1936, que reprimia práticas anticompetitivas realizadas por produtores contra revendedores, especialmente a discriminação de preço, visando proteger a cadeia produtiva americana.

O período que destacamos, no entanto, é marcado pela predominância de juristas à frente dos estudos relativos à defesa da concorrência. O pensamento liberal econômico dominante à época, fez com que os economistas dessem pouca importância para esse campo, o que resultou em uma legislação, no geral, pouco eficiente, permitindo o desenvolvimento de grandes companhias.

Herbert. J. Hovenkamp explica que, até a grande crise econômica que assolou os Estados Unidos em 1929, seguida da ascensão do pensamento keynesiano,

Os economistas da época acreditavam que, além de o surgimento de trustes ser irrelevante para economia em geral, uma política proibindo as firmas de

³⁹ SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017

acordarem entre si para obter vantagens sobre novas economias de escala, as quais se tornaram possíveis devido ao desenvolvimento tecnológico da época, poderia ser prejudicial.⁴⁰

A partir da crise econômica de 1929 uma nova abordagem econômica e política precisava ser aplicada à defesa da concorrência. Essa nova abordagem dava foco à proteção dos pequenos competidores, buscando atingir a distribuição de riqueza na sociedade.⁴¹

Teóricos como Edward Chamberlain, Edward Mason e Joe Bain, desenvolveram seus trabalhos com base no modelo/paradigma Estrutura-Condução-Desempenho (ECD) e ficaram conhecidos como Escola de Harvard, ou, ainda, como Escola Populista.

Para esses teóricos, os mercados, ou estruturas, que possuísem pequeno número de companhias, acabariam por controlar uma parcela significativa da produção, o que seria sempre prejudicial às empresas de menor porte, aos consumidores e ao sistema econômico como um todo.

Durante o período que se estendeu da década de 1930 até 1960, as decisões da Suprema Corte foram fortemente influenciadas pelo pensamento da Escola de Harvard, provocando decisões que presumiam a ilegalidade nas condutas de empresas com amplo poder de mercado.

Para o pensamento dessa escola, o aumento do poder de mercado, causada por um pequeno número de empresas atuando em um determinado mercado, provocava sua concentração. Ou seja, o incremento da concorrência, objetivo buscado pela Escola de Harvard, só poderia ser alcançado pelo aumento no número de agentes em um determinado mercado.

Por esse motivo, “as formas de integrações empresariais, que acontecem, por exemplo, por meio de fusões ou de aquisições, não são bem vistas por essa abordagem, a qual predominou até o final dos anos 1950”.⁴²

A concentração de mercado, por sua vez, era considerada deletéria para o sistema econômico independentemente da redução de custos e de preço final para o consumidor que seu resultado pudesse provocar.⁴³

⁴⁰ HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. Michigan Law Review, v. 84, pp. 213-284, 1985.

⁴¹ FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago**. RDC, Vol. 2, nº 2, nov. 2014, p. 188

⁴² FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago**. RDC, Vol. 2, nº 2, nov. 2014, p. 203

⁴³ PIRAINO JR, Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust**

A atuação antitruste estava focada, então, na verificação da existência de um grande poder de mercado capaz de concretizar a sua concentração. A intervenção estatal estaria autorizada a atuar para conter a concentração de mercado sempre que ela fosse verificada, dissolvendo ou diminuindo o poder de mercado que a empresa possuía.⁴⁴

Por um lado, a aplicação das teorias da Escola de Harvard nas cortes americanas trazia a vantagem de ser uniforme e constante, pois presumia ilegalidade em toda conduta tomada por uma empresa dominante voltada à concentração de mercado. Os empresários, então, sabiam o que esperar de uma decisão judicial, deduzindo a contrário senso, também, quais condutas mercadológicas deveriam ser evitadas.⁴⁵

Por outro lado, a atuação agressiva caracterizada por essa linha judicial provocava alguns inconvenientes relevantes. A presunção de ilegalidade impedia, por exemplo, que companhias dominantes tomassem condutas que poderiam beneficiar os consumidores, trazendo redução de custos de produção e, por conseguinte, de preço final do produto.

Além disso, André Santos Ferraz salienta que essa corrente

ignora os efeitos benéficos que a presença de uma empresa dominante pode trazer no longo prazo. A concentração de um mercado não consegue refletir a verdadeira dinâmica competitiva desse. Em relação a um ato de concentração que, por exemplo, leve à formação de um monopólio, este seria, para Escola de Harvard, um ato prejudicial para o sistema econômico, devendo, portanto, ser proibido.⁴⁶

Após o período inicial de predomínio da Escola de Harvard nas decisões da Suprema Corte, o caráter dinâmico que a economia global passou a incorporar com as inovações tecnológicas no pós-Guerra, aliado ao crescimento da competição internacional nos mercados emergentes, passou a exigir uma nova abordagem teórica

Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal* Vol. 82, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=ilj>> Acesso em: 07 de mai. de 2017, p. 349.

⁴⁴ FERRAZ, André Santos. **A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos.** Dissertação apresentada perante a Universidade de Brasília, 2013, p. 15.

⁴⁵ PIRAINO JR, Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century.** *Indiana Law Journal* Vol. 82, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=ilj>> Acesso em: 07 de mai. de 2017, p. 350.

⁴⁶ FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago.** RDC, Vol. 2, nº 2, nov. 2014, p. 192.

para políticas antitrustes.

Assim, surgiu na década de 1960, uma nova corrente teórica derivada do pensamento econômico neoclássico, que começou a ganhar força na corte a partir da década de 1980.

Trata-se da Escola de Chicago, focada na eficiência alocativa do sistema econômico e inspirada pela crescente globalização da economia. Para ela, nem todo ato de concentração de mercado seria necessariamente prejudicial ao sistema econômico.

Os teóricos dessa escola acreditavam, por exemplo, que a política antitruste do país deveria ser voltada exclusivamente para o aumento da eficiência da economia americana, definida como maximização de riquezas e aumentado o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), através de redução de custos de produção, redução de preços e aumento de oferta de produtos e serviços.⁴⁷

Diferentemente do que ocorria na Escola de Harvard, as teorias desenvolvidas por autores como Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner, buscavam demonstrar que o nível de concentração de um determinado mercado não deveria embasar completamente a aplicação das políticas públicas de defesa da concorrência.

Por esse motivo, se

um mercado é altamente concentrado, mas também é eficiente, ele está funcionando de forma adequada, sem prejudicar o sistema econômico e seus agentes. Fusões e aquisições que venham a gerar um aumento de eficiência não devem ser alvo de sanções para os seguidores de Chicago.⁴⁸

Se a produção de um determinado bem está atingindo níveis ótimos, com o menor custo possível, então esse mercado atingiu um coeficiente aceitável de eficiência alocativa. Pouco importa se ele está concentrado, ou seja, se ele se encontra com poucos agentes econômicos atuantes; o que importa é que o bem estar do consumidor está sendo maximizado desta maneira.

Assim sendo, condutas que aumentem a eficiência econômica de um

⁴⁷ PIRAINO JR, Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century**. Indiana Law Journal Vol. 82, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=ilj>> Acesso em: 07 de mai. de 2017, p. 350.

⁴⁸ FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago**. RDC, Vol. 2, nº 2, nov. 2014, p. 203.

determinado mercado, mesmo que provoquem a sua concentração, como as fusões e os *joint ventures*, não devem ser sumariamente presumidas ilegais.

As mesmas máximas se aplicam ao entendimento da concorrência. Abandona-se a ideia de concorrência perfeita em favor de um conceito interdisciplinar de concorrência efetiva (*workable competition*), conforme leciona Isabel Vaz. A autora explica que

Analísado o fenómeno da concorrência em seus aspectos económicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência perfeita e a raciocinar em termos de um valor possível de ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito. A partir dos dados oferecidos pela ciência económica, a ciência jurídica, influenciada também pelos reclamos da opinião pública, pela realidade social e pelas injunções políticas, oferece os instrumentos legais para a criação de uma figura jurídica moldada segundo um sistema de valores predominante em um dado momento.⁴⁹

Isso porque, como mencionado, o objetivo da política de defesa da concorrência, para a Escola de Chicago, deve ser o aumento da eficiência econômica, buscando o bem-estar do consumidor. Nesses casos, a intervenção governamental pode ser mais prejudicial do que benéfica ao bom funcionamento de um mercado específico.⁵⁰

Interessante observar que, a despeito da influência que as teorias da Escola de Chicago têm desde a década de 1970 na Suprema Corte, recentemente, esta voltou a basear suas decisões nas proposições mais tradicionais da Escola de Harvard.⁵¹

De qualquer forma, foi no âmbito das mudanças paradigmáticas trazidas pela Escola de Chicago que o Acordo de Leniência foi desenvolvido em 1978, pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, para corrigir as condutas nocivas à concorrência.⁵²

⁴⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 99.

⁵⁰ FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago**. RDC, Vol. 2, nº 2, Novembro 2014, p. 198.

⁵¹ ELHAUGE, Einer. Elhaug. **Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?** Competition Policy International Harvard University, Vol. 3, No. 2, Cambridge; 2007, p. 4.

⁵² GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p.204.

O instituto permitia a concessão da anistia penal (*amnesty*)⁵³ para qualquer dos integrantes do cartel que celebrasse acordo com a autoridade antitruste, desde que fosse o primeiro componente da organização criminosa a delatar a atividade dos demais e que nenhuma investigação prévia tivesse sido iniciada até aquele momento em relação ao conluio em tela.⁵⁴

Apesar de oferecer a imunidade processual aos agentes cartelizadores interessados em cooperar com as investigações, o programa teve pouca procura, sendo considerado um fracasso. Ocorre que o cumprimento dos requisitos legais exigidos para a celebração do acordo pelo proponente não eram suficientes para a concessão da benesse; esta estava sujeita à discricionariedade da autoridade antitruste, o que despertava desconfiança das possíveis empresas interessadas.^{55 56}

Para aumentar a sua procura, o governo americano então reestruturou o Programa de Leniência Corporativa em 1993, trazendo como grande novidade a concessão automática da anistia para os pactuantes que cumprissem os requisitos.

Outros benefícios dantes não oferecidos são a possibilidade de leniência, ainda que a cooperação se promova após ter início o procedimento investigatório, bem como a extensão da anistia a todos os membros pessoa física que cooperarem (funcionários, diretores e executivos, mesmo que desligados da empresa), no que tange ao processo criminal.⁵⁷

A reforma realizada no sistema americano tornou o Programa de Leniência Corporativa extremamente bem sucedido, principalmente em razão dos três benefícios listados acima, pilares da sistemática de atuação atual da Divisão.⁵⁸

⁵³ A anistia prevista englobava tanto a proibição de oferecimento de denúncia criminal, quanto as sanções pecuniárias correlatas.

⁵⁴ SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 138.

⁵⁵ SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 138.

⁵⁶ SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017

⁵⁷ SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 139/140.

⁵⁸ "In August 1993, the Division revised its Corporate Leniency Program to make it easier and more attractive for companies to come forward and cooperate with the Division. Three major revisions were made to the program: (1) amnesty is automatic if there is no pre-existing investigation; (2) amnesty may still be available even if cooperation begins after the investigation is underway; and (3) all officers, directors, and employees who cooperate are protected from criminal prosecution". In GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust divisions criminal enforcement program. The Modern Leniency Program After Ten Years**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518851/download>> Acesso em: 7 de mai. de 2017

Griffin relata, em apanhado dos resultados do programa nos primeiros dez anos de sua aplicação, que “a média aumentou para mais de um acordo celebrado por mês, especificamente entre outubro de 2002 e agosto de 2003, atingindo o índice de três acordos por mês”.⁵⁹

O sucesso alcançado pelo programa americano foi responsável pela disseminação do instituto do Acordo de Leniência pelo mundo⁶⁰, sendo, hoje, adotado em países como África do Sul, Alemanha, Austrália, Canada, Espanha, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Europeia, e, inclusive no Brasil.⁶¹

A solução encontrada pelos americanos, dentro de um ordenamento jurídico muito mais acessível à flexibilidade dos Acordos de Leniência, foi reproduzida com sucesso na Itália, durante os anos 1970 e 1980, no combate à criminalidade organizada e à máfia italiana conhecida como *Cosa Nostra*.

A experiência italiana, adaptando as premissas do Direito Premial às garantias constitucionais do processo penal da *civil law* europeia-continental, mostrou que as duas realidades poderiam ser compatíveis.⁶²

Lívia Gonçalves resume o sucesso do desenvolvimento do Programa de Leniência Corporativa, usando como base o Acordo de Leniência da seguinte forma:

⁵⁹ GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The Modern Leniency Program After Ten Years**. Disponível em: < <https://www.justice.gov/atr/file/518851/download> > Acesso em: 7 de mai. de 2017, p. 8.

⁶⁰ Conforme Gonçalves: “Em 1993, o Acordo de Leniência ganhou maior aceitação graças à adoção da anistia automática, acompanhada pela taxatividade dos requisitos de adesão, bastando que o infrator levasse ao conhecimento da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos informação desconhecida ou, ainda que conhecida, que agregasse detalhes substanciais à investigação”. In GONÇALVES, Lívia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p.204/205

⁶¹ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 248 p. 48.

⁶² Sobre o desenvolvimento do Direito Premial na Itália, Heráclito Antônio Mossin e Júlio César Mossin ensinam que “do ponto de vista histórico, no que diz respeito ao surgimento da delação premiada no direito estrangeiro, o instituto se notabiliza na Itália, a partir de 1970, em que se procurou criar mecanismos para combater o terrorismo e a extorsão mediante sequestro, subversão da ordem democrática e sequestro com finalidade terrorista, propiciando uma apenação menos rigorosa a todos aqueles que cooperavam no combate a esse tipo de delito, tidos como “Colaboradores da Justiça”, desde que cumpridos os requisitos legais. [...] Já nos idos de 1980, o instituto foi empregado e apelidado de Operação Mãos Limpas, cuja finalidade precípua era exterminar com a máfia, sendo certo que em consonância com a legislação desse país, aquele que aceita colaborar com o desmantelamento de organizações criminosas tem como recompensa a redução da sanção legal” In MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. Leme/SP: JH Mizuno, 2016, p. 32.

Esses bons resultados motivaram um processo de globalizar o Acordo de Leniência, que passou a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais. Para aqueles países em que o cartel é considerado como crime, a promotoria é incumbida de promover os Acordos; de outro lado, para aqueles que o situam na esfera administrativa, não há produção de efeitos na seara penal.⁶³

Flaviane Moraes lembra, ainda, que a anistia concedida pelo programa foi difundida como uma poderosa ferramenta no combate à corrupção, seguindo a lógica do *compliance* corporativo e do instituto conhecido como *whistleblowing*.⁶⁴

Em relação ao conceito do *compliance*, o professor Alexandre Moraes da Rosa explica que

O *compliance*, entendido como o dever de operar em conformidade com legislação, regramentos internos e externos, não necessariamente públicos, surge como discurso totalizador de redução de riscos, capaz de mitigar os efeitos de ações capazes de gerar implicações legais e prejuízos à reputação (da instituição ou dos administradores/empregados). A lógica do *compliance* é a de promover atividade preventiva e/ou repressiva no tocante à prática interna (legal, regulamentar, ética, etc.), tanto dos atos da pessoa jurídica, como dos agentes a ela vinculados, monitorando as práticas internas, controlando os desvios e abusos, bem assim responsabilizando intimamente os desvios e com isso, evitando possíveis responsabilizações externas (penal, cível e administrativo).⁶⁵

No mesmo sentido, Eduardo Luiz Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur definem *compliance* como a

formulação de procedimentos voltados para a implantação de práticas preventivas por intermédio da adoção de procedimentos de controle internos, treinamento de pessoal e monitoramento sobre o real cumprimento desses procedimentos previamente estabelecidos. Tudo isso visando diminuir riscos de infrações, mediante a estrita obediência aos padrões legais e regulamentares aplicáveis a cada atividade desenvolvida no âmbito empresarial. O objetivo é adequar as práticas empresariais individuais e institucionais às leis e regulamentos que regem a atividade desenvolvida, bem como fiscalizar continuamente a regularidade desses procedimentos a fim de evitar infrações e eventuais danos.⁶⁶

⁶³ GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p.204.

⁶⁴ MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros de. **A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal brasileiro: um estudo a partir da 'Operação Lava Jato'**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.24, n.122, p. 93-113, ago. 2016.

⁶⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos** 4. ed. rev. atual, e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 974 p. 568

⁶⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminal Compliance e Ética Empresarial: Novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013, p; 15-17.

Já o *criminal compliance* dirige seus esforços para evitar que a atividade da empresa culmine com a imputação penal dos administradores, e, nos casos em que se aceita a responsabilidade penal de pessoa jurídica, à própria empresa.

O *criminal compliance* pode, ainda, ser entendido como a

forma de se criar meios para detectar condutas delitivas, de se desenvolver uma cultura para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito, adotando procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa e formas de prevenção à lavagem de dinheiro.⁶⁷

Segundo Cabette e Nahur o grande fator motivador que tem levado empresas e empresários a adotar os sistemas do *criminal compliance* tem sido o “temor à responsabilização criminal, muitas vezes operada de forma praticamente objetiva, sem que haja uma efetiva indicação específica do agir criminoso atribuível a determinado ator do cenário empresarial”.⁶⁸

Levando em considerações as experiências americanas e europeias, e sob o arcabouço teórico do Direito Premial, é que na década de 1990 começam a ser utilizados no ordenamento jurídico brasileiro os primeiros institutos decorrentes do utilitarismo penal.

O Direito Premial busca inverter a lógica exclusivamente punitivista do Direito Penal, tentando alcançar resultados mais eficientes que os possíveis apenas com a ameaça da sanção penal. A atuação estatal no tratamento das condutas anticoncorrenciais, sob a óptica do *criminal compliance*, será objeto de estudo mais adiante neste trabalho.

Por ora, trataremos de analisar como o Direito Premial se estabeleceu no Brasil, debruçando-se sobre a colaboração premiada na legislação pátria, até atingir o acordo de leniência utilizado na seara administrativa para a defesa da ordem econômica, e, mais recentemente, do patrimônio da administração pública.

⁶⁷ MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros de. **A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal brasileiro: um estudo a partir da 'Operação Lava Jato'**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.24, n.122, p. 93-113, ago. 2016. 95/96

⁶⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminal Compliance e Ética Empresarial: Novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013, p; 15-17.

1.3 HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL E SUA RELAÇÃO COM A COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto do Acordo de Leniência é uma modalidade de colaboração premiada, voltada à produção probatória para apuração de infrações administrativas e, eventualmente, ilícitos penais, através do oferecimento de benefícios à empresa que primeiro delate o esquema e os demais envolvidos.

Desta forma, a entrada do Acordo de Leniência no ordenamento jurídico brasileiro acompanhou o instituto da colaboração premiada, do qual ele deriva.

Apesar das posições doutrinárias em contrário, em especial em relação ao aspecto ético da colaboração (ou delação) premiada, foi graças à sua boa aceitabilidade no Brasil que a adoção do Acordo de Leniência para o combate das infrações contra à ordem econômica, seguindo a tendência global, foi possível.

As posições contrárias e favoráveis à colaboração premiada serão tratadas ao final deste tópico. Primeiro, cabe apontar os casos presentes em nossa legislação até o presente momento.

A consolidação do Direito Premial como inversão paradigmática da lógica punitivista do Direito Penal e Administrativo, para possibilitar as consecuições dos objetivos estatais, ocorreu em nosso país durante a década de 1990.

Ensina Renato Silveira que

o primeiro grande exemplo desse estado de coisas é encontrado na Lei 8.072/90, a chamada Lei de Crimes Hediondos. Específica situação de utilitarismo penal, aquela normativa estipulou questão então chamada de delação premiada. Destinava-se, em especial, para situação de extorsão mediante sequestro, quando praticado em quadrilha, e um membro desta, denunciasse os demais, facilitando a liberação do sequestrado. Isso, desde o primeiro momento, suscitou dúvidas sob o seu aspecto ético.⁶⁹

A Lei n. 8.072 de 1990, conhecida como Lei de Crimes Hediondos, aplicou o instituto da colaboração premiada ao crime de bando ou quadrilha, atual associação criminosa do artigo 288 do Código Penal⁷⁰.

⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.103, n.947, p. 157-177, set./2014, p. 158

⁷⁰ “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” In BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

O parágrafo único do artigo 8º da Lei n. 8.072/90 previa, como prêmio a ser concedido ao colaborador, a redução da pena de um a dois terços. A concessão da benesse estava vinculada ao sucesso no desmantelamento do bando ou quadrilha gerada pela denúncia do colaborador à autoridade.⁷¹

A mesma Lei de Crimes Hediondos incluiu o §4º ao artigo 159 do Código Penal para permitir que, no crime de extorsão mediante sequestro, o colaborador pudesse obter a redução de um a dois terços de sua pena, caso a sua denúncia à autoridade facilitasse a libertação do sequestrado. Mais tarde esse dispositivo foi modificado pela Lei n. 9.269/1996 para substituir a expressão “bando ou quadrilha” pela expressão “concurso”, a fim de ampliar a aplicação do benefício para os casos de concursos de pessoas.⁷²

À Lei 8.072/90, posteriormente, seguiram-se diversos diplomas legais nos quais o legislador inseriu a previsão da colaboração premiada, conforme enumeram Heráclito Antônio Mossin e Júlio César Mossin.⁷³

Nos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, previstos na Lei n. 8.137 de 1990, também está presente hipótese de delação premiada. O artigo 16, cujo parágrafo único foi inserido pela Lei n. 9.080/1995, determinava a diminuição de um a dois terços da pena do delator, seja ele membro de quadrilha ou tenha cometido o crime em coautoria, quando houver a revelação de toda a trama delituosa.⁷⁴

Acesso em: 8 abr. 2017.

⁷¹ “Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.” In BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 8 abr. 2017.

⁷² “Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. Vide

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.” In BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 abr. 2017.

⁷³ MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. Leme/SP: JH Mizuno, 2016, p. 263.

⁷⁴ “Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos

A mesma Lei 9.080/1995 também adicionou a mesma hipótese mencionada acima para os crimes contra o sistema financeiro nacional, ao incluir o parágrafo 2º ao artigo 25 da Lei n. 7.492/1986.⁷⁵

Desta forma, nos crimes contra o sistema financeiro nacional, cometidos em quadrilha ou coautoria, caso a delação permitisse a revelação de toda a trama delituosa, haveria a diminuição de um a dois terços da pena do colaborador.

No artigo 41 da Lei de Drogas, Lei n. 11.343/2006, existe a prescrição da diminuição de um a dois terços da pena para o coautor ou partícipe que praticar a colaboração premiada quando a sua participação possibilitar a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, ou então a recuperação total ou parcial do produto do crime.⁷⁶

A Lei n. 9.163/1998, por sua vez, teve o parágrafo 5º do seu artigo 1º modificado pela Lei n. 12.683/2012 para prever a possibilidade do benefício da colaboração premiada nos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.⁷⁷

No caso da lei em comento, se a delação possibilitar a identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores a pena

nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.” In BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017

⁷⁵ “Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.” In BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>.

⁷⁶ “Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” In BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

⁷⁷ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” In BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.

aplicada poderá ser reduzida de um a dois terços; cumprida em regime aberto ou semiaberto, podendo, inclusive, a sanção penal deixar de ser aplicada ou substituída, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos.

A delação premiada está prevista, ainda, no artigo 14 da Lei n. 9.807/1999, de estabelece normas visando a proteção da vítima e testemunha. Nesse dispositivo legal, o instituto é previsto de forma genérica e se volta a todo e qualquer crime cometido contra vítimas e testemunhas, isto é, não está restrito a uma infração típica específica.⁷⁸

Caso a colaboração do coautor ou partícipe resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida, ou na recuperação total ou parcial do produto do crime, o benefício consiste na redução de um a dois terços da pena aplicada. O benefício pode se converter em perdão judicial, ainda, caso da delação resulte a localização da vítima com a sua integridade física preservada.

Por fim, a Lei n. 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, trouxe o instituto da colaboração premiada no seu artigo 4º, concedendo o perdão judicial ou a redução de um a dois terços da pena privativa de liberdade aplicada, ou mesmo sua substituição por pena restritiva de direitos.

Para isso, o delator participante da organização criminosa precisa, com sua delação, colaborar com a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.⁷⁹

⁷⁸ “Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.” In BRASIL. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017

⁷⁹ “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

Podemos perceber que o instituto da delação premiada, da qual deriva o acordo de leniência, já nasceu cheio de questionamentos éticos e opiniões conflitantes dentro a doutrina.

Cezar Roberto Bittencourt, por exemplo, tece crítica relevante quanto à moralidade do instituto, argumentando que

não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de “camaradagem” para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e da justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator.⁸⁰

Michele Barbosa de Brito alerta, ainda, para as possíveis transgressões dos direitos fundamentais do indivíduo alvo da delação, conforme se apreende do trecho abaixo:

Lançando um olhar sobre a figura do delatado, cabe enfatizar as garantias constitucionais que também lhe são subtraídas, na medida em que a concessão do benefício ao delator imporá ao juiz, consciente ou inconscientemente, a necessidade de confirmar que a aplicação da delação premiada foi correta, o que resulta em falta de isenção no processamento e no julgamento dos fatos atribuídos ao suposto coautor ou partícipe (delatado), que já estaria fadado a um prejulgamento. Assim, direitos fundamentais do delatado também são claramente vilipendiados, na medida em que tem sua culpabilidade predelineada pelo delator e ingressa em um processo penal em evidente posição de desvantagem, em inaceitável ofensa ao princípio da presunção de inocência.⁸¹

Já Guilherme Nucci posiciona-se favoravelmente ao uso da colaboração/delação premiada no processo penal brasileiro, esclarecendo que, na

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.” In BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 819

⁸¹ BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 204 p.60.

sua opinião,

a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes. No contexto das pessoas de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não se pode dizer o mesmo ao transferir a análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distantes dos valores regente: dos direitos humanos fundamentais.⁸²

Qualquer que seja o posicionamento que se deseje adotar, fato é que o Direito Premial acomodou-se ao Direito Brasileiro e progrediu ao longo da década de 1990 e 2000, encontrando cada vez mais nichos na nossa legislação administrativa e penal.

Derivado da cooperação premiada, o acordo de leniência começou a ser visto como uma possível solução para desarticular os atos das sociedades empresárias com potencialidade de prejudicar a ordem econômica.

É, inclusive, na legislação criada para defender a ordem econômica que o acordo de leniência fez sua estreia na legislação pátria. Ele foi introduzido na Lei n. 8.884/94 pela Medida Provisória n. 2.055/2000 (transformada na Lei n. 10.149/2000), adicionado pelos artigos 35-B e 35-C. Posteriormente, o acordo de leniência manteve-se na legislação antitruste quando a Lei n. 8.884/94 foi revogada e substituída pela Lei 12.529/2011.

A referida Lei n. 12.529/2011 é a legislação hoje responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Seus artigos 86 e 87 carregam o instituto do acordo de leniência de modo intocado em relação a predecessora Lei n. 8.884/94.

O estudo do Acordo de Leniência no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência, bem como a participação do Ministério Público na sua realização, são os objetos dos Capítulo 2 deste trabalho.

Outrossim, conclui-se que o Acordo de Leniência é importante para todo o

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas: volume 1**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 836 p. 703.

sistema antitruste, sendo considerado um dos pilares da sistemática do Programa de Leniência pelas autoridades que fiscalizam os atos anticoncorrenciais.

Recentemente, o instituto foi introduzido, também, à Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), comprovando que os resultados positivos alcançados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE com o Acordo de Leniência levaram o legislador a lançar mão da versatilidade do Direito Premial em outra área importantíssima e muito sensível ao povo brasileiro, o combate às condutas lesivas à Administração Pública.

A Lei Anticorrupção, bem como a aplicação da leniência nas condutas previstas por ela, e a atuação do Ministério Público para sua concretização, serão alvos de estudo do Capítulo 3, onde tentar-se-á concluir traçando um panorama do futuro do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Acordo de Leniência está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, e tem sido uma poderosa ferramenta utilizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para desarticular cartéis que prejudicam a ordem econômica, dificultando a livre concorrência sadia entre as empresas.

No capítulo 2 deste trabalho exploraremos a proteção à ordem econômica como ditame constitucional, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Acordo de Leniência utilizado em seu âmbito, e, por fim, analisaremos a importância da participação do Ministério Público na realização dos acordos, a fim de conferir-lhe legitimidade jurídica.

2.1 A PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Antes de explicarmos a importância do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é essencial entendermos que ele encontra origem na Constituição Federal, e foi considerando os ditames constitucionais que o referido sistema se estruturou.

A ordem econômica pode ser conceituada como o agrupamento de regras que visam reger a vida econômica de um país. Ela busca integrar os aspectos materiais com os aspectos normativos da estruturação de uma determinada economia, a fim de limitar o poder econômico, prevenir o seu abuso, e permitir o desenvolvimento nacional segundo valores sociais por ela adotados.

Vital Moreira conceitua a Ordem Econômica como

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.⁸³

⁸³ MOREIRA, Vital. **Direito Econômico**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1986, p. 63/64.

Já o professor Eros Grau⁸⁴ encontra nos preceitos constitucionais três significados interdependentes de Ordem Econômica, a saber:

- a) Ordem econômica como modo empírico de ser de determinada economia concreta; conceito factual, consistente de uma relação entre fatores econômicos e materiais concretos, não normativos e não valorativos;
- b) Ordem econômica como expressão que designa o conjunto de normas ou regras de conduta, de qualquer natureza, no que diz respeito ao comportamento dos sujeitos econômicos; e,
- c) Ordem econômica como sinônimo de ordem jurídica econômica.

Com base nesses conceitos, Adriana Mecelis⁸⁵ procura definir Ordem Econômica, a partir dos significados interpretados pelo professor Eros Grau, para aduzir que

Para fins de análise da ordem econômica no âmbito constitucional, pode-se defini-la como o conjunto de regras constitucionais que disciplinam a atividade econômica em determinado Estado. Este conceito, nota-se, possui grande proximidade em relação ao conceito de Constituição Econômica.⁸⁶

João Bosco Leopoldino da Fonseca, por sua vez, baseado em Max Weber, conceitua Ordem Econômica como

a distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente – consensus –, segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o sentido desse poder fático de disposição que repousa sobre o consenso.⁸⁷

Ainda para o autor, a Constituição Econômica é “a forma pela qual se interimplicam a ordem jurídica e a ordem econômica, teleologicamente direcionadas à concretização da ideologia dominante num determinado período da história”.⁸⁸

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 210.

⁸⁵ MECELIS, Adriana. **Aspectos constitucionais da proteção da ordem econômica**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-constitucionais-da-protacao-da-ordem-economica,32411.html#_ftn5> Acesso em: 13 de mai. de 2017.

⁸⁶ MECELIS, Adriana. **Aspectos constitucionais da proteção da ordem econômica**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-constitucionais-da-protacao-da-ordem-economica,32411.html#_ftn5> Acesso em: 13 de mai. de 2017.

⁸⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84/85.

⁸⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 85.

Assim sendo, a Constituição Econômica, que descreve a Ordem Econômica de nosso país, está contida na Constituição Política, com ela mantendo relação indissociável de significados e valores, umbilicalmente determinantes.⁸⁹

Os ditames contidos no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, portanto, dialogam sistematicamente com os demais princípios, fundamentos e objetivos da Carta Magna, criando um agrupamento normativo homogêneo, voltado a promover o funcionamento da economia brasileira e o desenvolvimento do país.

A Constituição Federal de 1988 elegeu como fundamento, ou princípio fundamental, da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.⁹⁰

Ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, o artigo 170 da Constituição Federal, determina que os fundamentos da Ordem Econômica são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

O objetivo precípua da Ordem Econômica é, por sua vez, o de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O mesmo artigo, no inciso IV, ainda aponta que a livre concorrência é um princípio a ser observado sistematicamente na estruturação da Ordem Econômica Brasileira.⁹¹

Em outras palavras, a livre iniciativa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, justamente porque é o fundamento da Ordem Econômica. Da livre iniciativa também deriva a livre concorrência, princípio que estrutura a Ordem Econômica.

A Ordem Econômica, por sua vez, possui como objetivo a promoção do desenvolvimento econômico do país capaz de assegurar uma existência digna aos

⁸⁹ “A Constituição Econômica se corporifica precisamente no modo pelo qual o direito pretende relacionar-se com a economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o econômico. Como já salientado no primeiro capítulo, constituição política e constituição econômica se interimplicam e se integram.” In FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

⁹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: [...] IV - **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; [...]” (grifamos) In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

⁹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] **IV - livre concorrência**; [...] (grifamos) In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

seus cidadãos, ou seja, de garantir o bem-estar social.⁹² No mesmo sentido, André Maciel Vargas dos Santos explica que

A ordem econômica é um somatório de regras destinadas a delinear os contornos dentro dos quais terá espaço o desenvolvimento econômico do país. Desenvolvimento este cujo fim último é o bem-estar social, incluindo-se aí, a redução das desigualdades, o incremento da circulação de mercadorias e do consumo, respeitando-se, é claro, a dignidade do ser humano. A via eleita, no Brasil, para o alcance desses fins é a livre iniciativa, cabendo, portanto, à própria sociedade ser o agente direto nesse contexto, onde o Estado, precipuamente, deve atuar como fiscalizador e regulador.⁹³

Para atingir esses objetivos, de forma sucinta, podemos afirmar que a Constituição Econômica Brasileira optou pelo sistema capitalista e pelo regime de economia de mercado.⁹⁴ Cabe ao Estado, no entanto, a função de normatizar e regular a atividade econômica, fiscalizando, incentivando e planejando os atos desenvolvidos no seu âmbito, tudo com base no princípio da livre concorrência.⁹⁵

Diversos autores concordam que, apesar de ambas estarem previstas independentemente na Constituição Federal, havendo, sem dúvida, características próprias a cada uma delas, a liberdade de concorrência é uma decorrência lógico-sistemática da liberdade de iniciativa⁹⁶.

Miguel Reale, por exemplo, diferencia os dois institutos explicando que

a primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170. Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.⁹⁷

⁹² MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81.

⁹³ SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁹⁴ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128/129.

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.292.

⁹⁷ REALE, Miguel. **Temas direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 249-262..

Para Rodolfo Tigre Maia

O princípio da livre concorrência (art. 170, IV), por sua vez, apresenta-se concomitantemente como corolário e como vetor limitante ao fundamento da livre iniciativa, na medida em que apenas por seu intermédio esta última é capaz de assegurar os melhores interesses dos consumidores. Com efeito, sua presença é tida por indispensável para que sejam efetivamente atendidas as finalidades constitucionalmente cominadas à iniciativa privada no âmbito da ordem econômica, no sentido da criação das riquezas e das condições materiais necessárias a um quadro de justiça social capaz de proporcionar existência digna a todos.⁹⁸

Marcus Elidius Michelli de Almeida informa, ainda, que a liberdade de iniciativa é instituto que retira sua validade do texto constitucional, como princípio que delimita a própria intervenção estatal na vida dos indivíduos, seja no que tange às liberdades de exercício de profissão, seja em relação à intervenção na economia.⁹⁹

Desta forma, a liberdade de iniciativa possui uma face positiva e uma face negativa. Ela tanto afasta o protecionismo estatal na atividade econômica, permitindo que o particular desenvolva com ampla liberdade suas atividades¹⁰⁰, quanto impõe que o Estado proteja a concorrência contra o abuso de poder econômico.

Assim, para o autor, “a livre-iniciativa se corporifica na livre concorrência, que vem a ser a efetivação de uma estrutura econômica democrática, impondo uma disputa leal e igual na exploração de qualquer atividade”.¹⁰¹

Para Eros Grau, da mesma forma, a liberdade de concorrência é princípio da Ordem Econômica corolário do princípio da livre iniciativa, de natureza constitucional impositiva. Deriva de sua natureza, portanto, o comando constitucional que serve de pedra fundamental para o direito concorrencial antitruste: o artigo 173, §4º da Constituição Federal.

⁹⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84.

⁹⁹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Concorrência desleal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470-496, p. 473

¹⁰⁰ “Livre-iniciativa vem a ser um princípio constitucional que visa afastar a ingerência do Estado na atividade econômica evitando assim o monopólio como regra, bem com o concedendo ao particular a liberdade para exercer qualquer atividade, salvo nos casos previstos em lei”. In ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Concorrência desleal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470-496, p. 474

¹⁰¹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Concorrência desleal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470-496, p. 474

Diz o aludido dispositivo que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Para que isso se concretizasse, o constituinte delegou ao legislador ordinário a tarefa de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, bem como dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, hoje contidas na Lei n. 12.529/2011.¹⁰²

A liberdade de concorrência é, pois, princípio organizador da proteção à Ordem Econômica no país, de acordo com os ditames constitucionais.¹⁰³ Ela é essencial para o crescimento do mercado consumidor e desenvolvimento da economia, bem como para a proteção da dignidade do consumidor a fim de prestigiar o objetivo constitucional.¹⁰⁴

No mesmo sentido, descrevendo a importância da concorrência para o mercado, a partir de sua definição, Marcus Elidius Michelli de Almeida aponta que

A concorrência é, portanto, a possibilidade de competitividade entre os fornecedores de um mesmo bem ou serviço, com o objetivo de trazer para si o maior número de consumidores (clientes). Nesse sentido, a concorrência é extremamente salutar seja diretamente para o consumidor, que deseja adquirir um bem ou um serviço, como para a própria sociedade como um todo, em razão da imposição implícita aos empresários da necessidade de sempre buscar melhorar seu produto, seja um bem ou um serviço. A livre concorrência, conforme temos mencionado, deve ser utilizada sempre respeitando os limites impostos pela livre-iniciativa e pelas práticas leais da concorrência.¹⁰⁵

Desta forma, conclui-se que, se por um lado o Estado deve abster-se de

¹⁰² A legislação em comento é tão importante para a Ordem Econômica Brasileira que Maíra Beauchamp Salomi salienta que não apenas a liberdade de concorrência, mas também “os princípios da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico concretizam-se mediante as regras da Lei nº 8.884/94 tudo em absoluta coerência com a ideologia adotada pelo diploma constitucional de 1988.” In SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 43.

¹⁰³ CARVALHO, Vinicius M. de, **O sistema Brasileiro de defesa da concorrência**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 363-388, p. 364

¹⁰⁴ “A livre concorrência é necessária, ainda, para o crescimento do mercado consumidor, bem como caracteriza uma estratégia funcional que pode possibilitar certo “controle natural” dos preços de bens e serviços, inclusive, eventualmente, tomando-os mais compatíveis com as disponibilidades econômicas da grande massa de consumidores que são dotados de menor poder aquisitivo.” In MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Concorrência desleal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470-496, p. 473

intervir em demasia na atividade econômica, resultado da escolha constitucional por fundamentar na livre iniciativa o desenvolvimento do país, também é essencial que o Estado regule e fiscalize essa atividade, a fim de preservar a liberdade de concorrência.¹⁰⁶

Como foi visto, a própria Constituição tratou de demarcar o abuso do poder econômico como infração à livre concorrência e à Ordem Econômica. O abuso do poder econômico que se deseja evitar é, por sinal, definido no próprio parágrafo 4º do artigo 173, como sendo todos aqueles atos que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Isabel Vaz, ao explicar a relação entre a repressão do abuso do poder econômico e a preservação da livre concorrência, entende que

a preservação da livre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela "livre concorrência" se sobrepõe às normas de "repressão ao abuso do poder econômico". Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da Ordem Econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4º do artigo 173, como em uma relação entre "meios" e embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do artigo 170 e constitua também um instituto jurídico autônomo, pela complexidade de normas que engloba.¹⁰⁷

Por esse motivo, para a autora, na

Constituição brasileira não se busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico: pretende-se atingir um modelo eficiente de concorrência, compatível com as "impurezas" e as "imperfeições" do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquele fim criadas. Tais regras e instituições devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas do poder econômico e podem ser classificadas como instrumentos de preservação do princípio da livre concorrência. No contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõem a todos quantos se dedicam ao exercício das atividades econômicas, ao lado

¹⁰⁶ "Dentre os princípios garantidos pelo art. 170, supracitados, encontra-se a livre concorrência (inciso IV), a qual intenta o controle do mercado (intervenção) com o fim de buscar a maior eficiência possível; almeja-se, com a intervenção do Estado no domínio econômico, evitar prejuízos à coletividade. Justifica-se a intervenção na medida em que esta proteja a livre concorrência, evitando que condutas antitruste sejam praticadas contra a econômica popular, prejudicando não só esta, como também o cidadão." In MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014, p.156.

¹⁰⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 101.

da "defesa do consumidor", da "função social da propriedade" e da "defesa do meio ambiente".¹⁰⁸

O controle do poder econômico, então, é meio intrínseco e necessário para a consecução da preservação da livre concorrência, conforme o modelo competitivo almejado na Constituição.

Como veremos a seguir, as normas voltadas à preservação do princípio constitucional em comento observam de tal forma disposto parágrafo 4º do artigo 173, que se pode afirmar ser o controle do poder econômico o objeto por excelência do Direito Concorrencial.¹⁰⁹

De forma geral, existem duas principais linhas de atuação estatal, no âmbito do Direito Concorrencial, voltadas a proteção da concorrência. A primeira, refere-se ao controle das condutas dos agentes econômicos (comportamentos), e a segunda, ao controle das estruturas de mercado.

Em relação ao controle das condutas anticoncorrenciais, explica Calixto Salomão Filho que existem três grandes vertentes de estudo: a dos atos tendentes à dominação de mercado, a do abuso de posição dominante e a da concorrência desleal.¹¹⁰

Para o autor, o controle dos atos tendentes à dominação de mercado é a principal ocupação do Direito Concorrencial, visto que

trata-se do ilícito por excelência do direito antitruste entendido em seu sentido não-privatista. A aquisição de poder no mercado, seja por via de concentração ou cooperação econômica (controle das estruturas), seja por via de condutas ilícitas (controle das condutas), é o principal foco de atenção de um ramo do Direito que tem por fim preservar a concorrência (e não os concorrentes). No mundo ideal, existindo e sendo eficazes esses dois controles, ilícitos como o abuso de posição dominante seriam, a rigor, desnecessários (pelo simples fato de que posição dominante não haveria). De outro lado, as condutas de concorrência desleal, ainda que inegavelmente parte do moderno direito antitruste, constituem um momento posterior de preocupação. Até do ponto de vista lógico é natural afirmar que primeiro é preciso garantir a existência da concorrência, impedindo a formação de posições dominantes, para, em seguida, preocupar-se com a sua lealdade (ainda que essa última seja fundamental para garantir indiretamente a própria concorrência).¹¹¹

¹⁰⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 101.

¹⁰⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito concorrencial de estruturas**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 429-469

¹¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 14

¹¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 14-15.

As condutas tendentes à dominação de mercado serão melhor estudadas ao longo do Capítulo 2, em tópico próprio. Em relação às condutas que caracterizam abuso de posições dominantes e concorrência desleal, far-se-á breve apanhado teórico, posto não ser o objetivo deste trabalho aprofundar o estudo dessas situações jurídicas.

Para a Lei Antitruste Brasileira, Lei n. 12.529/2011,

presume-se se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.¹¹²

O poder econômico está relacionado com o poder de controle dos preços, de exclusão da concorrência, ou de forçar um agente econômico a agir de maneira que não agiria em um mercado competitivo.¹¹³

Isabel Vaz entende o poder econômico como o poder de controle social, advindo de uma ordem econômica privada, resultante da concentração da força econômica de agentes autônomos privados, capaz de impor sua própria vontade ao comportamento de outras pessoas juridicamente autônomas.¹¹⁴

Norberto Bobbio¹¹⁵ entende o poder econômico como aquele que “se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tal numa situação de escassez, para induzir aqueles que não os possuem a adotar certa conduta consistente”.¹¹⁶

¹¹² Redação dada pelo artigo 36, §2º, da Lei n. 12.529/2011. In BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹¹³ “The Supreme Court, in other cases, seems to have articulated standards for ‘monopoly power’ and ‘market power’ that, at least linguistically, are incompatible. In *NCAA v. Board of Regents*, the Court defined ‘market power’ as ‘the ability to raise prices above those that would be charged in a competitive market.’ By contrast, the Supreme Court has consistently defined ‘monopoly power,’ at least for section two cases, in accordance with the definition articulated in *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* -i.e., as ‘the power to control prices or exclude competition.’” In KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H.; SALOP, Steven C. **Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law**. Airlie House Conference on the Antitrust Alternative - Georgetown Law Journal Association. Washington, USA: 2015. Disponível em: < <https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹¹⁴ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 93.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 82.

¹¹⁶ MACEDO. Rafael Rocha de. **Direito da Concorrência: Instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico**. Dissertação apresentada à Universidade

Já o professor Modesto Carvalhosa entende o poder econômico como a

capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado.¹¹⁷

A dominação de mercado, por sua vez, é definida como sendo a capacidade de agir de modo independente, que a empresa que a desenvolve possui em virtude do seu poder econômico.

A empresa que domina o mercado é capaz de influir no comportamento das demais empresas concorrentes do setor, bem como no comportamento dos consumidores do bem que produz ou comercializa, mantendo-se intocada pelo comportamento dos demais participantes do mercado.¹¹⁸

O agente em posição dominante, portanto, possui poder econômico capaz de sujeitar os demais agentes da relação econômica a sua vontade, implicando sua independência e liberdade de agir a despeito da presença ou do comportamento dos demais atores.¹¹⁹

Há de ser salientado, no entanto, que a dominação de mercado não é punida no Brasil caso ela resulte de vantagem competitiva (*competitive advantage*) alcançada pela empresa, gerando maior eficiência para o mercado.¹²⁰

Isso porque, o abuso da posição dominante não fica configurada caso seja “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”, conforme o parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei n. 12.529/2011.¹²¹

Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2008, p.26.

¹¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. Poder econômico: a Fenomenologia - seu disciplinamento jurídico. São Paulo: RT, 1967, p. 2.

¹¹⁸ BRUNA, Sérgio Varela. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso do seu Exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 171.

¹¹⁹ Conforme lição de Paula Forgioni: “a posição dominantes é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis do mercado.” In FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 264.

¹²⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 265.

¹²¹ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; [...] III - aumentar arbitrariamente os lucros; § 1o A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito

Paula Forgioni utiliza a definição de abuso de direito presente no Código Civil ¹²² para relacionar a atividade econômica da empresa, exercida em desconformidade com seu fim social, com o abuso do poder econômico, concretizado no mercado na forma de abuso da posição dominante. Explica a autora que,

no caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito na utilização dessas liberdades. Entretanto, no momento em que ocorre o abuso do poder econômico, há abuso do direito liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, etc. O sujeito lança-se ao gozo “anormal”, “reprovável”, “ilegítimo”, “imoral”, desses seus direitos, ou seja, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, nos termos do art. 187.¹²³

Por outro lado, apesar de vedar expressamente o abuso da posição dominante¹²⁴, a Lei n. 12.529/2011 não deixa explícito o seu conceito. A lei preferiu, de outra maneira, exemplificar situações em que, pelo efeito produzido no mercado, a situação proibida pode ser determinada.

Dentre esses exemplos, previstos no parágrafo 3º do artigo 36, estão a imposição de preços abaixo do custo (inciso XV), a imposição de preços de aquisição de matérias-primas dos concorrentes - *price squeeze*¹²⁵ - (inciso XVI), e as vendas casadas (inciso XVIII).

Já em relação à concorrência desleal, podemos encontrar sua definição na

previsto no inciso II do caput deste artigo.” In BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹²² “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹²³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 267.

¹²⁴ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] IV exercer de forma abusiva posição dominante.” In BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹²⁵ Conforme Andrea Bagatin, “é possível definir *price squeeze* como a prática adotada por empresa verticalmente integrada (ou empresas relacionadas verticalmente), que detém monopólio de um insumo essencial para a produção dos bens comercializados no mercado a jusante, e que se vale de tal posição para aumentar artificialmente o preço desse insumo ou reduzir o preço do produto final abaixo dos custos para a sua produção” In BAGATIN, Andreia Cristina - **Price Squeeze e os mercados recém-liberalizados**. Boletim de Ciências Econômicas. Vol. 50. Universidade de Coimbra; Coimbra, Portugal: 2007. p. 257-315. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316.2/24764> Acesso em: 15 de mai. de 2017, p. 260.

Lei de Propriedade Intelectual, Lei n. 9.279/1996, através das hipóteses elencadas no artigo 195.¹²⁶

Conforme explicado por Marcus Almeida, a lei retro mencionada definiu “taxativamente os atos contra a concorrência no que tange à tipificação como crime, porém meramente exemplificativos no que diz respeito a situações de natureza cível”.¹²⁷

Além disso, o autor lembra que a deslealdade no ato concorrencial deve ser observada pela forma como ele é perpetrado, não pela sua finalidade. Isto porque tanto os atos de concorrência leal, quanto os de concorrência desleal, possuem o mesmo objetivo, qual seja, atingir a clientela alheia, provocando aumento na sua própria.

A deslealdade, portanto, não está na busca da clientela dos outros, mas sim na forma de atingir essa finalidade. Dessa forma, conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar, a concorrência desleal não diz respeito a qualquer ato com o objetivo de se apropriar de uma clientela, mas a utilização daqueles que superam a barreira do aceitável, lançando mão de meios desonestos. [...] A concorrência desleal visa, portanto, retirar a clientela de

¹²⁶ “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.” In BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹²⁷ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Concorrência desleal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 487.

outrem, ou, ainda, manter a sua própria clientela, mediante atos elencados na lei e desta feita caracterizados como desleais.¹²⁸

Por fim, cabe também trazer aqui a explicação trazida por Simone Caixeta, no que diz respeito à diferenciação entre concorrência desleal e infração à Ordem Econômica. Diz a autora que:

O Direito brasileiro reprime a concorrência desleal e a infração à Ordem Econômica. Contudo é mister demonstrar as diferenças básicas desses dois institutos. Enquanto a infração à Ordem Econômica constitui plano macrojurídico, abrangendo milhares e milhares de interesses envolvidos, a concorrência desleal constitui o plano microjurídico, não comprometendo as estruturas da livre concorrência como interesse difuso, alcançando tão-somente o empresário vitimado pela prática irregular. Portanto, enquanto a concorrência desleal envolve o particular, a infração à Ordem Econômica envolve o geral, influenciando toda a economia. Ademais, para a caracterização da concorrência desleal o meio empregado é fundamental, enquanto na infração à Ordem Econômica é irrelevante o meio empregado, e sim, os objetivos e os efeitos da prática concorrencial. Esses dois institutos de concorrência ilícita devem ser combatidos não apenas pelos concorrentes lesados, mas também por toda a sociedade; afinal, a defesa da concorrência deve configurar um instrumento para um mercado transparente, saudável e leal, tomando viável o equilíbrio entre liberdade e proteção.¹²⁹

Já em relação ao controle de estruturas, tutelado no Título VII – Do controle de Concentrações da Lei 12.529/2011, pode-se afirmar que ele deriva do pressuposto básico de que é insuficiente apenas o controle das condutas dos agentes econômicos para o funcionamento adequado do mercado.¹³⁰

Segundo Ana Frazão, também é necessária a restrição à

formação de estruturas empresariais que restrinjam indevidamente a livre concorrência, seja porque propiciam o exercício abusivo da posição dominante adquirida ou reforçada em virtude da operação, seja porque facilitam a colusão. Dessa maneira, o controle de estruturas apresenta um propósito nitidamente preventivo e complementar ao controle de condutas, já que a sua finalidade não é a de impor nenhuma sanção, mas tão somente a

¹²⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Concorrência desleal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 488.

¹²⁹ CAIXETA, Simone Letícia de Sousa. **Regime Jurídico da Concorrência: As diferenças entre concorrência desleal e infração à Ordem Econômica**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 186.

¹³⁰ “Parte-se da premissa de que a livre concorrência é um bem muito precioso para que seja colocado em risco, até porque os danos que lhe são impingidos por estruturas anticoncorrenciais podem ser irreparáveis. Dessa maneira, o controle de condutas não é suficiente para assegurar a manutenção da ordem concorrencial, até em razão das conhecidas dificuldades para se identificar e punir condutas anticompetitivas” In FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial de estruturas. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 430.

de verificar se o ato de concentração submetido ao seu exame deve ser aprovado, rejeitado ou ainda aprovado com restrições.¹³¹

Sua gênese dá-se a partir da apreensão, já ultrapassada, da Escola de Harvard acerca do paradigma Estrutura-Condução-Performance, que presumia ilicitude nas concentrações mercadológicas. Os estudos daquela linha teórica ajudaram a firmar o entendimento que cabe ao Estado analisar atos de concentração que possam ser prejudiciais ao bem-estar do consumidor,

Hoje, cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE avaliar situações de atos de concentração econômica¹³² gerados por fusão, incorporação e aquisição de empresas, seguindo os requisitos dos artigos 88 e 90, inciso I a IV, da Lei n. 12.529/2011¹³³.

Definidos os atos (condutas) capazes de colocar em risco a Ordem Econômica, bem como as estruturas mercadológicas sob a proteção legal, cabe, agora, tecer breve comentário acerca da função interventiva do Estado na atividade econômica.

De forma geral, o Estado pode intervir na economia de forma direta, conforme previsto pela Constituição Federal no artigo 173, parágrafos 1º, 2º e 3º¹³⁴,

¹³¹ FRAZÃO, Ana. **Direito concorrencial de estruturas**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 431.

¹³² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf > Acesso em: 15 mai 2017.

¹³³ “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”. [...] “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.” In. In BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹³⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]”

bem como de forma indireta, conforme previsto pelo artigo 174¹³⁵ da Carta Magna.

Nesse sentido, ensina Calixto Salomão Filho que

Os princípios básicos que regem a atuação do Estado na economia encontram-se nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal. De sua leitura depreende-se que três são as funções possíveis do Estado na economia: em primeiro lugar como agente direto da atividade econômica, em segundo como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares e finalmente como agente normativo da atividade econômica.¹³⁶

A intervenção de forma direta no domínio econômico está organizada pelo Decreto-Lei n. 200/1967, e ocorre através das empresas públicas¹³⁷ e das sociedades de economia mista¹³⁸.

Conforme explica João Bosco Leopoldino da Fonseca,

através da atuação direta o Estado passa a atuar como empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública quer sob a de sociedade de economia mista. Sob estas duas formas pode ele atuar em regime concorrencial, em que se equipara com as empresas privadas, ou em regime monopolístico. Como exemplos do primeiro caso (regime concorrencial) podem ser apontados o da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, a primeira, como empresa pública federal, e o segundo, como sociedade de economia mista, atuam em regime de concorrência com as demais entidades bancárias do País. Como exemplos do segundo caso (regime monopolístico), devem-se considerar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás - a primeira como empresa pública federal, e a segunda como sociedade de

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.” In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹³⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 237.

¹³⁷ Conforme o artigo 5º, inciso II: “Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.” In BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹³⁸ Conforme o artigo 5º, inciso III: “Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.” In BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

economia mista. O monopólio da primeira está consagrado no art. 21,X, e o da segunda no art.177,1, II e III, da Constituição Federal.¹³⁹

Já a intervenção indireta do Estado no setor econômico ocorre quando ele age como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Essa atividade estatal visa conduzir, estimular e apoiar a atividade econômica dos particulares por meio de políticas econômicas, peculiares a cada campo de atuação.

Desta forma,

a política econômica tem como objetivos fundamentais, nos países desenvolvidos, assegurar o crescimento sustentado da economia, assegurar o pleno emprego dos fatores de produção, particularmente da mão-de-obra, uma relativa estabilidade de preços, e garantir o equilíbrio da balança de pagamentos. Para garantir a consecução desses objetivos, deverá o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais, mas que não têm por isso sua importância diminuída.¹⁴⁰

As medidas de política pública adotadas pelo Estado, em especial no que tange a política econômica garantidora da concorrência, visando preservar a ordem econômica, incluem exercer a regulação dos agentes detentores do poder econômico, bem como controle de variáveis de preços, quantidades, ou entrada e saída de produtos no país.¹⁴¹

Por fim, como já mencionado, o Estado pode, também, atuar repressivamente no controle de estruturas e das condutas dos agentes econômicos.¹⁴² Estudaremos, a seguir, as legislações voltadas a controlar o abuso do poder econômico, nas esferas penal e administrativa, respectivamente, visando a preservação da liberdade de concorrência através do direito antitruste.¹⁴³

¹³⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 281.

¹⁴⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 283.

¹⁴¹ CARVALHO, Vinicius M. de, **O sistema Brasileiro de defesa da concorrência**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 363-388, p. 368

¹⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. Livre iniciativa e Direito Concorrencial. In COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 69.

¹⁴³ OCTAVIANI, Alessandro. **Controle de condutas no direito econômico concorrencial brasileiro**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 389-403p. 393

2.2 CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA: A LEI N. 8.137/1990 E O CRIME DE CARTEL

Conforme já mencionado anteriormente, o Estado interfere de modo indireto na livre atividade econômica através de normas que buscam organizá-la, impedir a formação de estruturas que ofendem a livre concorrência, e punir as condutas que prejudiquem a ordem econômica.¹⁴⁴

O Direito Penal Econômico visa, então, proteger a ordem econômica estruturada, entendida como bem jurídico supraindividual¹⁴⁵ cuja violação é capaz de trazer prejuízo a toda coletividade¹⁴⁶, através da edição de normas que atingem interesses individuais e específicos, influenciando na atividade econômica e empresarial.

Roberto Santiago Ferreira Gullo entende que no objeto do Direito Penal Econômico está contida não só a proteção da ordem econômica constitucional, que possui a manutenção da livre concorrência como prioridade, mas também a proteção às políticas econômicas desenvolvidas para assegurá-la.

Para o autor,

As normas do Direito Econômico visam ordenar o relacionamento das operações de natureza econômica, no interesse comum, estabelecendo o que se convencionou chamar de ordem econômica. O Direito Penal Econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MAIA. Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67.

¹⁴⁵ Conforme Rodolfo Maia, a ordem econômica para o Direito Penal Econômico é tida “como sendo um bem jurídico exclusivamente ou ao menos predominantemente supra-individual, enquanto a posição ampliada inclui os interesses privados eventualmente atingidos. Nestes termos, para a perspectiva restritiva a ordem econômica propriamente dita é vista como sendo o conjunto de estruturas organizativas da produção, da circulação e da distribuição de bens e serviços existente em determinada formação social, em um dado momento histórico, numa perspectiva que é ancora da, ainda, no controle da observância, pelos agentes econômicos, de determinadas políticas públicas que emanam do Estado para sua regulação global ou setorial. Assim, ainda que mediatamente possam ser atingidos, no bojo da infração econômica, os eventuais interesses localizados de empresas e indivíduos, como requisitos formais indispensáveis sempre estarão presentes a vulneração ao interesse coletivo na preservação de dadas estruturas econômicas (que são vistas em uma óptica sistêmica) ou o desatendimento de uma determinada orientação estatal de interesse público destinada a manter, regular, modificar ou aperfeiçoar aquelas estruturas” In MAIA. Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67/68.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Crimes do poder econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 55.

¹⁴⁷ GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

Conforme Luiz Regis Prado, a atuação do Direito Penal Econômico transcende as preocupações hodiernas do Direito Penal no que diz respeito à repressão de condutas específicas dos indivíduos no âmbito do setor econômico. Percebe ele que

A tutela penal se endereça às atividades realizadas no âmbito econômico, e, de certo modo, no empresarial. Isso porque a atividade econômica e a atividade empresarial se imbricam mutuamente, sendo certo que no exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos - v.g., a livre concorrência e meio-ambientais, mas também sobre outros de diferente natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de atividade econômico-empresarial.¹⁴⁸

Já Felipe Abrahão de Oliveira denota a essencial proteção estatal dada ao abuso do poder econômico. Para ele, o crime do poder econômico é, por excelência, a principal ofensa à ordem econômica posta pela Constituição. Para ele, entende-se como

crime de abuso do poder econômico o uso indevido, artimanhoso e abusivo do poder econômico, iludindo a boa-fé ou coagindo as pessoas - por falta de alternativas - a submeter-se a preços, condições, mercadorias, trabalho, que lhes sejam danosos e/ou degradantes. Também pratica o mesmo delito aquele que, com os mesmos meios e mais a corrupção ativa, vier a causar prejuízos à política econômico-financeira do Estado, seja pelos monopólios, pela sonegação fiscal ou, ainda, por manobras violentadoras do mercado de capitais.¹⁴⁹

A Lei n. 8.137/1990 foi encarregada de definir os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, seguindo a ordem constitucional prevista no parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O referido comando constitucional é a justificativa do legislador para a designação do Direito Penal Econômico como protetor do bem jurídico definido pela livre concorrência, aspecto central e indispensável para ordem econômica. Nesse

¹⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Crimes do poder econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 56.

sentido, a lição de Rodolfo Maia é no sentido de que

Para além desta apontada relevância intrínseca, é preciso também, no que concerne à ordem econômica brasileira, considerar a recomendação constante do multi-referido § 4º do art. 173 da CF, 199 que enfatiza a imprescindibilidade da existência de uma livre concorrência entre agentes econômicos no âmbito do mercado que seja isenta de distorções e de manipulações originárias do emprego abusivo do poder econômico das quais possam resultar prejuízos aos consumidores e aos demais competidores. Fica evidenciado pelo citado preceito que o constituinte considera a vulneração da ordem econômica - ao menos nos seus aspectos constitutivos, por ele destacados, quando estes sejam submetidos às condutas indesejadas ali também referenciadas - com sendo suficientemente séria para justificar a infligência de uma sanção. Não há qualquer dúvida acerca da dignidade penal da ordem econômica, particularmente no seu aspecto da livre concorrência.

150

Para uma porção da doutrina, a tipificação penal da ordem econômica, reproduzindo de forma duplicada a descrição das condutas reguladas administrativamente, possui justificativa de ordem mais utilitarista. A esse respeito, por exemplo, Anna Carolina Faraco Lamy alerta para o fato de que o legislador seguiu a tendência valorativa do Código Penal de 1941 em relação aos bens jurídicos sob tutela do Direito Penal. Observa ela que

Podemos admitir, como fator motivador da tipificação dos crimes contra a ordem econômica, a importância atribuída ao patrimônio em nosso ordenamento, o que se extrai de simples leitura do capítulo referente aos crimes patrimoniais no Código Penal de 1941. Nosso sistema protegeu, enfaticamente, os bens materiais, prevendo penas, por vezes, mais altas que a dos crimes que afrontam outros direitos fundamentais que podem ser considerados mais relevantes.¹⁵¹

Em relação a dualidade de previsão das condutas anticoncorrenciais, Luiz Regis Prado explica que

há duas formas de concorrência que o Direito busca evitar e reprimir, a fim de prestigiar a livre concorrência: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira é apurada em nível civil e penal e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes; a segunda é reprimida também em âmbito administrativo, pois compromete as estruturas do livre mercado, atingindo um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes, configurando os denominados crimes contra a ordem econômica.¹⁵²

¹⁵⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 125.

¹⁵¹ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 8.

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

A conduta de formação de cartel, além de infração administrativa, como se verá na continuidade desse capítulo, também é considerado como crime, estando previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/1990.

Rodolfo Tigre Maia define a conduta de formação de cartel como

Com efeito, em geral, este termo designa o arranjo efetuado entre empresas concorrentes para limitar ou eliminar a competição entre elas, que se manifesta através da divisão do mercado ou da fixação conjunta de preços, ou da divisão de clientelas ou da limitação da produção etc. Isto sempre é feito com o escopo precípua de organizar as condições da participação das empresas cartelizadas no âmbito do mercado de modo a que estas logrem atingir um controle do mesmo que lhes possibilite otimizar seus ganhos, para além do que ocorreria em uma situação normal de concorrência, e sem oferecer aos consumidores qualquer vantagem objetiva adicional.¹⁵³

Já Felipe Oliveira define cartel como sendo

Cartel é o acordo temporário, entre diversas empresas exploradoras de um mesmo ramo, com objetivo de exercer o monopólio do mercado, conservando cada uma delas parte da sua independência e o total da sua personalidade jurídica. É um conchavo empresarial em busca do monopólio.¹⁵⁴

Dentre todas as condutas anticompetitivas, o cartel é considerado pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE como sendo a mais grave lesão à concorrência.

A Cartilha de Combate à Cartéis e Programa de Leniência do CADE define o cartel como sendo

um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.¹⁵⁵

Já a definição legal da infração e do crime de cartel sofreram, recentemente,

2011, p. 43.

¹⁵³ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Crimes do poder econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 63.

¹⁵⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE de Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf/view>. Acesso em: 8 de abr. 2017.

modificações substantivas. Isso porque, buscando homogeneizar as descrições que a legislação dava ao fenômeno, a Lei n. 12.529/11 modificou a tipificação da Lei n. 8.137/90.

De fato, uma das críticas que a doutrina tecia em relação à dupla tutela, administrativa e penal, do ilícito era a falta de simetria presente nas respectivas leis. Assim, antes da entrada em vigor da atual Lei Antitruste, a definição da conduta era encontrada no artigo 20 da Lei n. 8.884/94.¹⁵⁶

Com a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11, a antiga Lei n. 8.884/94 foi expressamente revogada, e as infrações passaram a ser reguladas pelo seu artigo 36¹⁵⁷, cuja redação é virtualmente a mesma.

Ocorre que a mesma Lei n. 12.529/11 revogou os artigos 5º e 6º da Lei n. 8.137/90¹⁵⁸, e deu nova redação ao artigo 4º, de modo que, atualmente a conduta

¹⁵⁶ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante” BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹⁵⁷ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou **possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados**: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (grifos nosso)” In BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

¹⁵⁸ A redação antiga da referida lei procurava listar, da forma mais completa possível, as condutas que se enquadravam no tipo legal. Deste modo, a tipificação de crime contra a ordem econômica, constante nos artigos 4º, 5º e 6º era como segue:

“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. III - discriminar preços de bem ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência; II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; III - sujeitar a venda de bem

típica de formação de cartel é definida como:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

[...]

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Observa-se que a infração administrativa possui uma diferença marcante em relação ao tipo penal no que tange ao elemento subjetivo:

na legislação concorrencial as infrações administrativas prescindem de culpa para a sua configuração, enquanto nos tipos penais previstos na Lei nº 8.137/90, a ação do agente é obrigatoriamente dolosa. Nesse ponto, cumpre enunciar que os tipos penais em tela, [...] exigem o elemento subjetivo geral e um especial fim de agir por parte do autor. Esta é representada pela intenção de dominar o mercado ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência.¹⁵⁹

Ou seja, se por um lado a infração administrativa prescinde de culpa, adotando implicitamente a responsabilização objetiva da conduta, por outro lado o tipo penal é tratado pela lei como crime de perigo, exigindo necessariamente o elemento subjetivo para sua caracterização.¹⁶⁰

É que os crimes de perigo punem, basicamente, a subjetividade do autor,

ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada; IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda. Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza: I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regente legal de controle; II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou Importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, Incidente sobre qualquer contratação.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa”

¹⁵⁹ SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 121.

¹⁶⁰ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 14.

de modo que “o potencial prejuízo ao mercado configuraria tão somente exaurimento da conduta, e o que identificaria a conduta como criminosa seria o elemento subjetivo, consistente em fraudar a livre concorrência”.¹⁶¹

Mesmo assim, apesar da reestruturação do crime de cartel com o advento da Lei n. 12.529/11, a Lei n. 8.137/90 “continua a repetir condutas já previstas como infrações administrativas e mantém tipos penais formados por inúmeros elementos normativos”.¹⁶²

Assim sendo, a lei pune com pena privativa de liberdade (reclusão), de dois a cinco anos e multa a pessoa física proprietária ou administradora da empresa que, por meio de conluio com outra empresa praticou algum ato anticoncorrencial. A Cartilha do CADE aponta que, além do Brasil, outros países também entenderam por bem manter criminalizada a conduta, a fim de combater integralmente o crime de cartel. Diz o referido documento que

Outros países também reconhecem a importância da persecução criminal para o combate efetivo à cartéis. Nos Estados Unidos, por exemplo, um administrador pode ser condenado a até dez anos de prisão e ao pagamento de multa de até US\$ 1 milhão. A pena média aplicada para cartéis nos Estados Unidos é de 31 meses de prisão, sendo que, desde 2000, mais de 150 executivos já cumpriram pena no país por prática de cartel, inclusive executivos estrangeiros. O Reino Unido e França são outros exemplos de países que, juntamente com o Brasil e Estados Unidos, combatem criminalmente a prática de cartel.¹⁶³

A apuração dos crimes contra a ordem econômica pode caber tanto à Justiça Federal, quanto à Estadual, a depender do interesse ferido no caso concreto. Apesar de que o artigo 109, VI, da Constituição Federal determina, a princípio, que a competência deva ser da Justiça Federal¹⁶⁴, Guilherme de Souza Nucci ensina que esse não é necessariamente o caso. Explica o autor que

¹⁶¹ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 14.

¹⁶² SALOMI, Maira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 122.

¹⁶³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE de Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_lenienciacompileado.pdf/view>. Acesso em: 8 de abr. 2017.

¹⁶⁴ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:[...] VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o **sistema financeiro e a ordem econômico-financeira** (grifo nosso)” In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

Ora, quanto aos delitos contra o sistema financeiro, há expressa previsão legal: 'A ação penal, nos crimes previstos nesta Lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal (art. 26, caput da Lei 7.492/86)'. O mesmo não ocorre em relação aos delitos contra a ordem econômica, vale dizer, a lei não fixou, expressamente, a competência da Justiça Federal. Parece-nos, pois, depender do caso concreto. Se a conduta delituosa concentrar-se em um Município ou Estado-membro, cabe a apuração e punição do responsável pela Justiça Estadual. Caso a atividade do empresário se espalhe por mais de um Estado-membro, passa a ser interesse da União reservar a regularidade da economia, que, certamente envolverá todo o país. O delito deve ser julgado pela Justiça Federal.¹⁶⁵

Da mesma forma entende o STJ, conforme jurisprudência do Ministro José Arnaldo da Fonseca:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. CARTELIZAÇÃO. LEI N.º 8.137/90. COMPETÊNCIA. INTERESSE NACIONAL. RESTRIÇÃO À ATIVIDADE PROFISSIONAL EM VÁRIOS ESTADOS. JUSTIÇA FEDERAL.

Inexistindo determinação expressa, os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90, reclamam a jurisdição estadual ou federal na medida em que restar comprovado o interesse em jogo, se local ou se nacional. *In casu*, ante a figura do crime sobrevivendo da prática de cartel, onde a atuação do agente teve reflexo em vários estados-membros, restringindo o livre exercício da atividade profissional de transportadores pelo Brasil afora, resta patente o interesse suprarregional pelo qual se firmam a necessidade de interferência da União e a competência da Justiça Federal. Tal se dá porque, apesar de a conduta ilícita ser oriunda de um núcleo determinado, a sua propensão ofensiva à ordem econômica se faz sentir em localidades diversas e em territórios distintos.

(HC 32.292/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2004, DJ 03/05/2004, p. 196)¹⁶⁶

Revisando, brevemente, alguns conceitos já trabalhados no tópico anterior, em relação à sua aplicação na configuração da tipicidade da conduta do empresário, percebe-se que o objeto da tutela penal do artigo 4º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, é o abuso de poder econômico com vistas a domínio de mercado e exclusão de concorrência. Em relação ao abuso do poder econômico, Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que:

Nesta linha de raciocínio, se a infração é por abuso de poder econômico, é importante observar a capacidade e as condições do agente econômico em face dos demais. Já quanto ao mérito da conduta, há de se olhar para o exercício estratégico da prática, ou seja, para as circunstâncias e condições

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas: volume 1**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 836 p.

¹⁶⁶ HC 32.292/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2004, DJ 03/05/2004, p. 196

objetivas do momento, para a conveniência e oportunidade em que se exerce a conduta. Assim haverá abuso por excesso de poder (aspecto subjetivo) quando houver exorbitância no uso da capacidade de agir, das condições do agente (por exemplo, em caso de posição dominante ou de monopólio). Independentemente da condição subjetiva, o abuso ocorre também por desvio de finalidade (aspecto objetivo), por possibilidade efetiva de produzir-se um efeito danoso ao mercado no contexto da prática (por exemplo, condutas cartelizadoras para evitar os prejuízos de uma 'guerra de preços', mas que provocam substantivos prejuízos ao mercado e ao consumidor).¹⁶⁷

Já Rodrigo Maia entende que, em se tratando de legislação penal,

caracterizam abuso do poder econômico todas aquelas ações ou omissões realizadas por empresas no exercício de suas atividades, como decorrência de ajuste ou de acordo entre elas entabulado, quer estas práticas extrapolem de seus limites formal-estruturais e/ou se desviem de seus parâmetros axiológico-funcionais, quer não, em qualquer caso resultando desconformes aos princípios e às finalidades normativas da ordem econômica, por conduzirem à consecução de uma inatural dominação do mercado e/ou eliminação - ainda que parcial- da concorrência nele existente.¹⁶⁸

Igualmente, o conceito de domínio de mercado, resultante do abuso de poder econômico do agente econômico poderia ser sintetizado da seguinte forma:

“dominar o mercado” seria reunir poderes necessários para direta ou indiretamente interferir, manipular e/ou controlar mecanismos envolvidos na formação dos preços dos bens e/ou serviços, quer atuando na angulação da oferta, quer na da demanda, mercê da aquisição de capacidade (seja na esfera da concorrência existente, seja naquela da potencial iniciativa) para influenciar as atividades destinadas à produção, à circulação e ao consumo destas utilidades no mercado.¹⁶⁹

Por fim, os ajustes ou acordos entre empresas devem ser capazes de produzir, como resultado, lesão à liberdade de concorrência. Desta forma, a eliminação da concorrência, ainda que parcial, da qual trata a lei, pode ser conceituada como

a supressão ou a diminuição da quantidade de empresas em atuação e/ou da capacidade destas de competirem (seja na qualidade de concorrentes reais, seja na de potenciais) no mesmo mercado relevante, que ocorre como resultado de práticas anticompetitivas que são empregadas por suas

¹⁶⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial**. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 404-428

¹⁶⁸ MAIA. Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 156.

¹⁶⁹ MAIA. Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165.

concorrentes, atuando concentradamente sob a forma de cartel, graças à celebração dentre elas de determinados ajustes ou acordos. O poder de mercado assim obtido é capaz de assegurar ao cartel uma ampliação da sua participação no mercado do produto ou no mercado geográfico correspondente, que ocorre concomitantemente a uma supressão parcial ou total da participação nos mesmos dos demais competidores aliados, que, todavia, ainda podem permanecer formalmente existindo e/ou atuando.¹⁷⁰

Resumindo, o abuso do poder econômico, cometido por empresas cartelizadas, fica configurado quando empresários, com o objetivo de fraudar a liberdade de concorrência, promovem qualquer tipo de acordo que possibilite o domínio de mercado e a exclusão da concorrência. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci faz importante consideração acerca do uso em excesso do poder econômico adquirido por empresas em conluio. Para ele

O objeto desse excesso é o domínio (exercer forte influência) do mercado (é o comércio, ou seja, a atividade de troca, compra e venda de produtos em geral) ou a eliminação (supressão), total (integral, completa) ou parcial (incompleta) da concorrência (competição, rivalidade). Se um empresário, abusando do seu poder econômico, eliminar do mercado outras empresas, não havendo competição, é certo que a ordem econômica será abalada, prejudicando a sociedade. Sem concorrência, por exemplo, não há possibilidade de se discutir o preço de um produto. Ocorreria a fixação de qualquer valor, ainda que abusivo e quem dele necessita seria obrigado a suportar o desmando. O sistema capitalista tem que ser regulado, controlado pelo Estado, motivo pelo qual o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência são inadmissíveis, compondo abuso do poder econômico, logo, crime.¹⁷¹

Não podemos olvidar que a caracterização da conduta é complexa, uma vez que não bastaria, para sua configuração,

restarem demonstradas manobras de empresários de um mesmo ramo tão somente com a intenção de se estabelecerem no mercado e melhorarem seu lucro. É indispensável que a conduta tenha o intuito de fraudar e lesar a livre concorrência para que o delito econômico seja passível de punição, [...], do contrário, estar-se-ia punindo, antecipadamente, a mera suspeita, ou se repreendendo, atitudes que não têm, efetivamente, qualquer característica penal.¹⁷²

Ademais, fica o elemento probatório comprometido em face da natureza

¹⁷⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.196.

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas: volume 1**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 836 p. 703.

¹⁷² LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 16.

sigilosa dos ajustes, “porquanto é quase improvável a documentação de seu objeto, com menções expressas às partes autoras e ao seu intuito de eliminação da concorrência”.¹⁷³

A solução proposta para evitar a complexa situação descrita a cima consistiria em descriminalizar a conduta, deixando para outros mecanismos de controle, em especial o Acordo de Leniência, a responsabilidade pela erradicação dos carteis.

Mesmo que assim não se entenda, o Acordo de Leniência ainda é muito útil no novo Sistema de Defesa da Concorrência, posto que permite ampliação do poder probatório do Estado, permitindo a punição dos demais envolvidos e o desfazimento do cartel.

2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A LEI N. 12.529/2011

A defesa da concorrência no âmbito administrativo, focada na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica, é realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O referido sistema é estruturado conforme os ditames constitucionais, em especial os valores construídos em torno da Ordem Econômica Constitucional, observando os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da proteção do consumidor e da repressão do abuso do poder econômico.

A antiga Lei n. 8.884/1994, que era responsável pela estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi substituída pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, com o objetivo de otimizar o referido sistema.

Conforme comentário do Professor Eros Grau:

As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em

¹⁷³ Conforme Maíra Salomi: “Geralmente, o acordo não é formalizado, bastando uma combinação verbal acerca das condutas estabelecidas pelas partes e de seu intuito anticoncorrencial. Por vezes, são utilizados até recursos tecnológicos que dificultam, sobremaneira, a identificação do ajuste e permitem às partes a combinação do ilícito à distância sem deixar rastros, tais como o *skype*, telefones criptografados e rádios” In SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 123.

coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí por que o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.¹⁷⁴

A Lei n. 12.529/11, que entrou em vigor 180 dias após sua publicação, em 29 de maio de 2012, é mais que legislação infraconstitucional voltada a regulamentar diretiva constitucional presente no artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e a formalizar a existência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Trata-se, de outra forma, de norma que estrutura profundamente todo o sistema de defesa da concorrência brasileiro, impregnada pelos princípios dispostos na Carta Magna e devendo ser interpretada conforme esses mesmos valores.

Considerá-la isoladamente não permite ao intérprete a apreensão do sentido desejado pelo legislador. Deve-se, portanto, dedicar aos seus dispositivos uma leitura conforme o artigo 170 da Constituição Federal.

Outrossim, é válido enxergar a Lei de Defesa da Concorrência como uma extensão direta da Constituição Econômica. Nesse sentido, Delano Aragão Vaz aponta que

Destarte, cumpre destacar que a Lei n. 12.529/11, ao atender as determinações do legislador originário, não se dispõe, pura e simplesmente, a obedecer a uma diretiva constitucional, mas [...] passa a integrar, de maneira direta e efetiva, a aludida Constituição econômica material. Em tal lógica, não parece absurda a afirmação de que a lei aqui em comento é, sem demais discussões, uma *longa manus* da própria Constituição da República, atuando na tarefa imposta ao Estado de corrigir os eventuais desvios inerentes ao mercado capitalista, interferindo em suas relações quando caracterizadas as situações previstas no § 4º do art. 173.¹⁷⁵

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado de maneira expressa e pormenorizada na Lei n. 12.529/11, não existia no ordenamento jurídico durante a vigência da Lei n. 8.884/94.

Apesar de ser prática comum na doutrina fazer-se referência aos órgãos

¹⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 209.

¹⁷⁵ VAZ, Delano Aragão. **A Lei n. 12.529/11 como parte da Constituição Econômica da República**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 119-124, jan./abr. 2013. Disponível em: < <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1682/1710> > Acesso em: 25 de mai. de 2017, p. 123.

que compõe a política de combate às infrações contra a ordem econômica desta maneira, a denominação oficial de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, bem como a formalização de sua existência só ocorreram com a vigência da Lei n. 12.529/11.

Conforme o sistema antigo, eram considerados órgãos envolvidos na proteção da concorrência os seguintes entes: a) a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), subordinada ao Ministério da Fazenda; b) a Secretaria de Direito Econômico (SDE), subordinada ao Ministério da Justiça; e, c) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), também subordinado ao Ministério da Justiça.

Sobre a estruturação do sistema durante a vigência da lei n. 8.884/94, comenta Anna Carolina Faraco Lamy que:

Todas, apesar de estarem subordinadas a órgãos do Poder Executivo, possuíam, e possuem considerável autonomia entre si, o que significava um problema sério de instabilidade à segurança jurídica, vez que, frequentemente, a falta de regulamentação adequada, principalmente no que diz respeito às competências de cada qual, repercutia em morosidade do sistema influenciada, especialmente, pela sobreposição de competências e redundância no processo de investigação antitruste.¹⁷⁶

Durante a vigência da lei, os próprios órgãos administrativos perceberam a necessidade de criar mecanismos de cooperação entre si, visando facilitar o processo de fiscalização antitruste. Deste modo, uma série de portarias conjuntas foram editadas com o objetivo de favorecer a cooperação e melhor coordenar as ações dos órgãos, buscando economia processual e racionalização dos trabalhos para evitar a duplicação de esforços.¹⁷⁷

Procuravam demonstrar, assim, mesmo antes da edição da nova Lei Antitruste, a preocupação com a necessidade de definição de um sistema formal, com competências distribuídas e forma organizada. Desta forma:

as atribuições de uma e outra secretaria foram repensadas em uma perspectiva de colaboração e participação mútuas, para evitar a corriqueira

¹⁷⁶ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 87

¹⁷⁷ Portaria n. 001/2003, disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/legislacao/portarias/Portaria01_2003.pdf> ; Portaria n. 033/2006, disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/legislacao/portarias/Portaria33_2006.pdf> . Acessos em 26 de mai. 2017

prática de repetição de pareceres com fundamentação idêntica, o que repercutia em considerável prejuízo à persecução e punição de condutas que prejudicassem a ordem econômica.¹⁷⁸

Levando em consideração essas preocupações, a Lei n. 12.529/2011 procurou reorganizar a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC para dar mais eficiência à atuação dos órgãos que o compõe.

Assim, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) incorporou a Secretaria de Direito Econômico (SDE), resultando na consolidação ampliação da tutela do primeiro.

O SBDC conta hoje, portanto, com apenas dois órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE é órgão majoritariamente parecerista e opinativo, estando vinculado ao Ministério da Fazenda. Possui suas competências definidas pelo artigo 19 da Lei n. 12.529/11¹⁷⁹ e por meio da Portaria nº 386, de 14 de Julho de 2009.

Dentre elas destacam-se o delineamento, coordenação e execução das ações do Ministério, no tocante à gestão das políticas de regulação de mercados, de

¹⁷⁸ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 p. 90.

¹⁷⁹ “Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.” In BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico.¹⁸⁰

Explica Paula Forgioni que “no âmbito do direito concorrencial¹⁸¹, as competências do SEAE são bastante restritas, limitadas praticamente à advocacia da concorrência”,¹⁸² deixando o protagonismo da matéria para o CADE, que por esse motivo passou a ser conhecido na doutrina como Super-CADE.¹⁸³

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é definido pela Lei como “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal”.¹⁸⁴

Conforme informações encontradas no próprio sítio eletrônico do CADE, a autarquia “tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”.¹⁸⁵

Ele é constituído por três órgãos:

- a) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;
- b) a Superintendência-Geral; e,
- c) o Departamento de Estudos Econômicos.¹⁸⁶

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é órgão judicante

¹⁸⁰ Portaria n. 386/2009. Disponível em: http://seae.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/competencias/competencias/Portaria386_2009.pdf Acesso em: 26 de mai. de 2017

¹⁸¹ Conforme definição do próprio sítio eletrônico da SEAE, “a advocacia da concorrência compreende ações de promoção de concorrência que não estejam relacionadas com as ações de *enforcement*, como a função preventiva, que ocorre por meio do controle de atos de concentração, ou repressiva, como a repressão de condutas anticompetitivas”. Disponível em: <<http://seae.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/institucional/competencias/competencias>>. Acesso em: 26 de mai. de 2017

¹⁸² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

¹⁸³ “Entre outras mudanças, destacam-se a criação do chamado “Super CADE” - órgão que unifica as funções hoje desempenhadas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a alteração nos critérios de dosimetria de multas e a criação de um sistema de notificação prévia de fusões e aquisições” In SOARES, Daniel Vieira Bogéa. **Nova lei Antitruste – impactos e desafios**. Revista Jurídica Consulex. Ano XVI. N. 366 – 15 de abr. de 2012, p. 26/27.

¹⁸⁴ Artigo 4º da Lei n. 12.529/11.

¹⁸⁵ Conforme definição do próprio sítio eletrônico do CADE, disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>

¹⁸⁶ Artigo 5º da Lei n. 12.529/11.

composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.¹⁸⁷

Seus membros possuem relativa autonomia em relação ao Poder Executivo, uma vez que a perda dos seus mandatos de 4 anos só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei n. 8.112/90 e a Lei n. 8.429/92, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8 da Lei 12.529/11.¹⁸⁸

As competências do Tribunal Administrativo estão previstas no artigo 9º da Lei n. 12.529/11, bem como no artigo 9º do Regimento Interno, e podem ser sintetizadas como segue:

- a) O julgamento das condutas dos agentes econômicos, decidindo pela existência ou não de infração à ordem econômica, pela aplicação das penalidades previstas em lei, bem como e ordenando providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica¹⁸⁹;
- b) Análise dos atos de concentração econômica, a fim de aprova-los, rejeitá-los ou aprova-los com restrições¹⁹⁰;
- c) Aprovação dos termos de compromissos de cessação, e dos acordos em controle de concentrações¹⁹¹;
- d) Decisão de recursos em relação às medidas preventivas adotadas pelos conselheiros ou pela Superintendência-Geral¹⁹²;
- e) Requerimento à Procuradoria Federal junto ao CADE de adoção de providências administrativas e judiciais¹⁹³;
- f) Fornecimento ao público de instrução sobre as formas de infração da ordem econômica¹⁹⁴; e,

¹⁸⁷ Artigo 6º da Lei n. 12.529/11. Artigo 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE, disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/ricade-sem-marcas_25_mai_2016_final-res-15.pdf/view>

¹⁸⁸ Artigo 7º da Lei n. 12.529/11. Artigo 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE

¹⁸⁹ Artigo 9º, incisos II, III e IV, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹⁰ Artigo 9º, incisos V e IX, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹¹ Artigo 9º, inciso V, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹² Artigo 9º, inciso VI, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹³ Artigo 9º, inciso XIII, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹⁴ Artigo 9º, inciso XIV, da Lei n. 12.529/11.

- g) Fornecimento de resposta às condutas de práticas em andamento, mediante pagamento das taxas previstas¹⁹⁵.

Já à Superintendência-Geral, órgão investigativo do CADE, previsto pelos artigos 12 a 15 da Lei n. 12.529/11, bem como pelos artigos 22 a 26 do Regulamento Interno, compete:

- a) Acompanhamento permanente das atividades das empresas detentoras de posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, a fim de prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários¹⁹⁶;
- b) Apuração e investigação de infrações à ordem econômica, podendo instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica¹⁹⁷;
- c) Proposição de termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento¹⁹⁸;
- d) Sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento¹⁹⁹;
- e) Adoção de medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento²⁰⁰;
- f) Realizar a orientação dos órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da Lei

¹⁹⁵ Artigo 9º, parágrafo 4º, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹⁶ Artigo 13, inciso II, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹⁷ Artigo 13, incisos III, IV e V, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹⁸ Artigo 13, inciso IX, da Lei n. 12.529/11.

¹⁹⁹ Artigo 13, inciso X, da Lei n. 12.529/11.

²⁰⁰ Artigo 13, inciso XI, da Lei n. 12.529/11.

Antitruste²⁰¹;

- g) Desenvolvimento de estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica²⁰²; e,
- h) Realizar a instrução do público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão²⁰³.

Como órgão de fiscalização e investigação do CADE, a Lei forneceu à Superintendência-Geral extensos poderes para o alcance dos seus objetivos precípuos. No interesse da instrução processual dos inquéritos e procedimentos administrativos instaurados com base em indícios de infrações à ordem econômica, a Superintendência-Geral pode, por exemplo:

- a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, bem como determinar as diligências que entender necessárias²⁰⁴;
- b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas²⁰⁵;
- c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos²⁰⁶;
- d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao CADE, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física²⁰⁷;
- e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal²⁰⁸; e,

²⁰¹ Artigo 13, inciso XIII, da Lei n. 12.529/11.

²⁰² Artigo 13, inciso XIV, da Lei n. 12.529/11.

²⁰³ Artigo 13, inciso XV, da Lei n. 12.529/11.

²⁰⁴ Artigo 13, inciso IV, alínea “a”, da Lei n. 12.529/11.

²⁰⁵ Artigo 13, inciso IV, alínea “b”, da Lei n. 12.529/11.

²⁰⁶ Artigo 13, inciso IV, alínea “c”, da Lei n. 12.529/11.

²⁰⁷ Artigo 13, inciso IV, alínea “d”, da Lei n. 12.529/11.

²⁰⁸ Artigo 13, inciso IV, alínea “e”, da Lei n. 12.529/11.

- f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem²⁰⁹.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos é órgão consultivo e de assessoramento, dirigido por um Economista-Chefe, e possui por competências a elaboração de estudos e pareceres econômicos, de ofício ou mediante solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão, bem como a emissão de pareceres econômicos, quando solicitado, nos autos de processos em trâmite no CADE.²¹⁰

Como pode-se apreender, a lei 12.529/11 determina que é da competência do CADE, como principal órgão de defesa da concorrência no país, atuar em duas frentes distintas, mas igualmente importantes.

A primeira diz respeito à investigação e ao julgamento de condutas que impliquem infração à ordem econômica, seguindo os parâmetros ditados pelo artigo 36, *caput*, da Lei 12.529/11.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Trata-se, justamente, do controle de condutas, ao qual nos referimos anteriormente, realizado no âmbito administrativo, com ou sem a presença do elemento subjetivo, cujos resultados se manifestem, ou possam potencialmente vir a ocorrer.

A investigação tem início mediante representação de qualquer interessado, ou através de impulso de ofício da Superintendência-Geral, que pode instaurar

²⁰⁹ Artigo 13, inciso IV, alínea “f”, da Lei n. 12.529/11.

²¹⁰ Artigo 17 da Lei n. 12.529/11. Artigo 31 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE

inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.²¹¹

Caso haja dúvida acerca se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Superintendência-Geral, pode, ainda, instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo.²¹²

Após esses procedimentos preliminares, cabe a Superintendência-Geral arquivar o procedimento ou instaurar o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento em contraditório que visa garantir ao acusado a ampla defesa em relação às conclusões do inquérito administrativo.²¹³

No prazo de 15 dias úteis da manifestação do acusado no processo administrativos, a Superintendência-Geral envia ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração.²¹⁴

Por fim, seguindo parecer do Conselheiro-relator, o Tribunal Administrativo decide pela existência ou não de infração à ordem econômica, incluindo da decisão a especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar, o prazo no qual devam ser iniciadas e concluídas as providências apontadas, bem como multa sancionatória pela infração, multa diária em caso de continuidade e multa em caso de descumprimento das providências estipuladas.²¹⁵

O artigo 36, *caput*, da Lei 12.529/11, anteriormente reproduzido, é o ponto de partida para a determinação de ato contrário à ordem econômica. É importante perceber que para atrair a incidência do dispositivo legal, e ser declarado como infração, basta que o ato tenha por objeto, ou que possua a capacidade de produzir, algum dos efeitos determinados nos incisos, qual sejam: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; e d) exercer de forma abusiva posição dominante.

²¹¹ Artigo 48, inciso II; e artigo 66, parágrafo 1º, da Lei n. 12.529/11.

²¹² Artigo 48, inciso I; e artigo 66, parágrafo 2º, da Lei n. 12.529/11.

²¹³ Artigo 48, inciso III; e artigo 69 e seguintes, da Lei n. 12.529/11.

²¹⁴ Artigo 74, da Lei n. 12.529/11.

²¹⁵ Artigo 79, da Lei n. 12.529/11.

O ato perpetrado pelo agente econômico pode assumir qualquer forma, ou seja, o artigo 36 procura englobar atos consistentes em acordos e concentrações entre empresas, atos que caracterizem domínio de mercado e atos que representem abuso de poder econômico.

É por essa razão que Paula Forgioni entende que a lei brasileira apresenta à autoridade administrativa brasileira considerável vantagem, no que tange à identificação da conduta tipificada, se comparado com a legislação americana e europeia:

Em decorrência do método adotado pela Lei 12.529, de 2011, o intérprete brasileiro é poupado de esforços hermenêuticos para a caracterização de determinada prática como atentatória à ordem econômica, como ocorre em outros ordenamentos. [...] Tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, existe a preocupação de caracterizar a posição dominante do agente econômico em determinado mercado relevante, para que se lhe possa imputar o abuso (afinal, não se pode abusar posição que não se detém). No Brasil, o intérprete **não precisa necessariamente lançar mão desse raciocínio**, uma vez que a lei não exige que se caracterize o ato como abuso de posição dominante para que seja vedado: basta, como visto, a existência de determinados objetivos ou a produção de um dos efeitos previstos no art. 36, caput, da Lei 12.529, de 2011. **Entre nós não é necessário de posição dominante para infringir a ordem econômica.** (grifos no original)²¹⁶

Uma vez que a redação do artigo 36, *caput*, da Lei Antitruste é tão ampla na caracterização de ato que ofenda à ordem econômica, possibilitando a inclusão de uma miríade de atos e contratos praticados ou celebrados em prejuízo à liberdade de concorrência em seu escopo, o legislador entendeu por bem arrolar, no parágrafo 3º, uma série de condutas para exemplificar as infrações possíveis.

Desta forma, reproduz-se abaixo as condutas exemplificativas que configuram hipótese prevista no artigo 36, caput, da Lei 12.529/11:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

²¹⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 132-133.

- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Perceba-se que, além do fato de que as condutas listadas no parágrafo 3º do artigo 36 representam rol meramente exemplificativo, também é importante manter em mente que os mesmos atos, para serem declarados como condutas ilícitas, necessitam obrigatoriamente da comprovação, mediante instrução em processo administrativo, de que seus efeitos são, pelo menos potencialmente, abusivos ou

anticompetitivos.

Outrossim, alguma conduta que, porventura, não esteja expressamente prevista no rol do parágrafo 3º do artigo 36, caso declarada restritiva à concorrência, por decisão definitiva do Tribunal Administrativo em processo administrativo que permita a ampla defesa e respeite o contraditório, também será considerada ilícita e estará sujeita às sanções legais, posto comprovada a incidência do artigo 36, *caput*, no caso concreto.

Ainda sobre a caracterização dos efeitos da ilicitude das condutas, observa-se que o inciso I do artigo 36 é o principal parâmetro da defesa da ordem econômica, posto que coloca em prioridade a defesa da livre concorrência e da livre iniciativa.

São esses os princípios que devem guiar a atividade interpretativa da análise do ato tido como abusivo ou anticompetitivo. Conforme lição do Ministro Carlos Velloso no julgamento da ADIn n. 1.094-8-DF, em trecho apontado por Paula Forgioni²¹⁷:

[...] esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade segurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art.170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4.º do art.173, dispõe que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros’.²¹⁸

Como visto, um agente econômico, mesmo que não detenha posição dominante no mercado, ao praticar um ato qualquer, mesmo que não o faça com abuso de poder econômico, pode ser enquadrado na hipótese do artigo 36, inciso I, da Lei n. 12.529/11. Basta, para isso, que o ato cometido prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Por outro lado, o inciso II do artigo 36 permite que o ato praticado seja definido como infração à ordem econômica, ainda que os fins não tenham sido alcançados, desde que tenha por objeto ou por efeito a dominação do mercado, ou

²¹⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.094-8-DF. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ de 20-4-2001, p. 330/331.

seja, a tentativa de monopólio através da “detenção do *poder econômico* suficiente para assegurar o comportamento *independente e indiferente* em relação aos demais agentes”²¹⁹ (grifos no original).

Já o inciso IV do artigo 36 determina que os atos praticados com abuso da posição dominante são considerados ilícitos. Por certo, nem todo ato praticado por empresa em posição dominante compreende ato abusivo. Apenas os atos praticados por empresa em posição dominante que prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa, ou que promovam aumento arbitrário dos lucros, são considerados abusivos.

No entanto, nem todo ato restritivo à concorrência determina ato abusivo ou domínio de mercado ilícito. O legislador previu, no parágrafo 1º, uma exceção ao artigo 36, *caput*. Trata-se da possibilidade de que uma determinada empresa esteja em exercício *normal* de posição dominante, cujo domínio de mercado seja derivado de *vantagem competitiva*.²²⁰

Paula Forgioni resume os incisos II e IV do artigo 36 da seguinte forma:

Em resumo: nem toda a restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante, mas não há domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre concorrência, à livre iniciativa ou que dê lugar a aumento arbitrário de lucros.

²²¹

Por fim, o inciso III do artigo 36, que trata do aumento arbitrário dos lucros como infração à ordem econômica, tem por objetivo a proteção do consumidor final, ou daqueles agentes econômicos que possam ser explorados pelos agentes dominantes do mercado.

Desta forma,

à medida que se reprime o abuso do poder econômico que vise ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4.º, da CF) e, por consequência, cause prejuízo ao consumidor (art. 1.º da Lei 12.529, de 2011) ou a outros agentes econômicos (v.g., fornecedores/distribuidores). Ou seja, ao mesmo tempo em se protege a livre iniciativa e a livre concorrência, tutela-se (no caso do inciso III do art. 36, também de forma imediata - é bom que se frise) o consumidor

²¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139.

²²⁰ Conforme redação do § 1º, do artigo 36, da Lei n. 12.529/11: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

²²¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 140.

impedindo que a ele sejam impostos preços excessivos, mediante o aumento arbitrário de lucros.²²²

A segunda linha de atuação do CADE diz respeito à análise de concentrações econômicas, visando a sua eventual aprovação. Trata-se do controle das estruturas, o qual referimos anteriormente, e agora passaremos a analisar de forma mais pormenorizada.

Explica Paula Forgioni que

a letra do caput do art. 36 levaria à condenação de todas as concentrações entre agentes econômicos que infrinjam a concorrência. Entretanto, isso não seria benéfico para a economia, pois, ao fim e ao cabo, algumas podem trazer consigo fatores de desenvolvimento, incluindo benefícios para os consumidores. Por conta disso, o art. 88 c/c art. 90, § 6.º permite que concentrações sejam realizadas. Para tanto, segundo o disposto no art. 88, o agente econômico deverá pedir autorização ao CADE.²²³

O procedimento tem início junto a Superintendência-Geral, com o protocolo, pelas partes, do pedido de aprovação dos atos de concentração econômica que pretendem realizar, instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo correlato.²²⁴

No âmbito do processo administrativo no controle de atos de concentração econômica, a Superintendência-Geral pode determinar a emenda da petição inicial, a produção probatória que entender adequada, e, ao fim, aprovar o ato de concentração sem restrições, ou então impugná-lo junto ao Tribunal.²²⁵

Uma vez impugnado, caberá ao Tribunal Administrativo decidir de forma definitiva, aprovando o pedido integralmente, rejeitando-o, ou então, aprovando-o de forma parcial, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.²²⁶

Dentre as restrições que o Tribunal Administrativo pode impor ao ato de concentração pretendido estão a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; a cisão de sociedade; a alienação de controle societário; a separação contábil ou jurídica de atividades; o licenciamento compulsório

²²² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 143.

²²³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

²²⁴ Artigo 53, da Lei n. 12.529/11.

²²⁵ Artigo 54; e artigo 57, da Lei n. 12.529/11.

²²⁶ Artigo 61, da Lei 12.529/11.

de direitos de propriedade intelectual; e qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.²²⁷

Os acordos entre empresas que a Lei Antitruste tutela são aqueles que visam à produção ou aumento do poder de mercado através da eliminação da concorrência. Esses acordos podem ocorrer sob a forma de contratos, no caso das cooperações, ou sob a forma de mudança da estrutura empresarial, no caso dos atos de concentração.

A esse respeito, explica Calixto Salomão Filho que

A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo. Para que ocorra uma concentração empresarial, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico para todas as operações por elas realizadas. Não ocorre simplesmente uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certa atividade comum. Tanto o comportamento no mercado quanto à forma interna de produção e comercialização deve estar sujeita a um único centro decisório, permitindo considerá-las como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações por elas realizadas. Para isso não basta a existência de um acordo. É necessária uma mudança estrutural duradoura nas empresas, que permita pressupor essa ampla uniformidade econômica.²²⁸

Os acordos de cooperação, horizontais ou verticais, serão aferidos em momento próprio nesse tópico. De momento passamos a analisar a concentração econômica no ordenamento brasileiro.

Existem três tipos de acordos que podem levar à concentração econômica e, por isso, ter efeitos contrários à concorrência. São eles os acordos ou atos de concentração verticais, os acordos ou atos de concentração horizontais e a formação de conglomerados.

A Lei n. 12.529/11 determina que serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.²²⁹

Para efeitos da Lei de Defesa da Concorrência, realiza-se um ato de

²²⁷ Artigo 61, parágrafo 2º, incisos I a VI, da Lei 12.529/11.

²²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 237-238.

²²⁹ Artigo 88, parágrafo 5º, da Lei n. 12.529/11.

concentração quando duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; quando uma ou mais empresas adquirem o controle de parte ou da totalidade de outra empresa através da compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis; quando uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou quando duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.²³⁰

Os atos de concentração econômica que devem, necessariamente, ser submetidos à aprovação do CADE são aqueles nos quais pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, nas mesmas circunstâncias, faturamento igual ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).²³¹

Esses atos não podem ser consumados antes de apreciados e autorizados pelo CADE, sob pena de nulidade, estando as empresas, ainda, sujeitas à imposição de multa pecuniária entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).²³²

Por fim, a lei abre ainda a possibilidade da autorização dos atos de concentração restritivos à concorrência desde que sejam observados os limites estritamente necessários para aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ou então, caso parte relevante dos benefícios sejam repassados aos consumidores.²³³

Sobre a formação de conglomerados, Calixto Salomão Filho explica que “trata-se de categoria residual, que engloba concentrações em que as atividades dos agentes econômicos não guardam qualquer relação entre si. É categoria muito discutida em doutrina e cujo controle é bastante limitado”.²³⁴

A análise do controle de estruturas, focada no controle prévio das

²³⁰ Artigo 90, incisos I a IV, da Lei n. 12.529/11.

²³¹ Artigo 88, incisos I e II, da Lei n. 12.529/11.

²³² Artigo 88, parágrafo 3º, da Lei n. 12.529/11.

²³³ Artigo 88, parágrafo 6º, incisos I e II, da Lei n. 12.529/11.

²³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 300.

operações de concentração econômica, nos leva, agora, a tratar dos acordos entre agentes econômicos. Reservamos esse tópico para tratá-lo ao final do presente item 2.3, pois é a partir dele que chegaremos ao Acordo de Leniência, entendido como método de controle de condutas voltado a dissolver acordos prejudiciais à liberdade de concorrência.

Os acordos verticais são ajustes realizados por empresas que não concorrem entre si, mas cujo pacto pode causar restrição da concorrência reflexa ao prejudicar outras empresas concorrentes de um dos pactuantes.

Ou seja, são acordos efetuados entre empresas que atuam em setores distintos, mas que são eventualmente complementares entre si, na cadeia produtiva ou distributiva dos bens e serviços. Temos como exemplo acordos entre empresas produtoras e distribuidoras de um mesmo produto, ou, então, acordos entre fornecedores de um determinado insumo e fabricantes de um produto que o utilize em sua composição.²³⁵

No mesmo sentido aponta Paula Forgioni, conforme trecho abaixo:

Ao envolver agentes econômicos que atuam em estágios diversos mesma cadeia de produção/comercialização, os acordos verticais colocam-se como alternativa ao processo de concentração de empresas, pois, com a celebração do acordo, cada um dos agentes mantém isolado seu centro de poder, ao contrário do que ocorreria na concentração, em que um partícipe (ou ambos) perde sua autonomia. De qualquer forma, a atuação conjunta das empresas é capaz de causar, nos mercados envolvidos, praticamente os mesmos efeitos que derivariam de prática concentracionista, especialmente se o prazo vinculação for longo.²³⁶

A autora cita, como exemplo de acordos verticais, cláusulas apostas nos contratos entre fornecedores e distribuidores destinadas a restringir a liberdade de atuação de um (ou de ambos) os agentes, denominadas comumente de restrições verticais.²³⁷

As restrições verticais mais comuns são:

- a) cláusulas de exclusividade, na qual uma das partes compromete-se a não contratar com terceiros o objeto do negócio que mantém com a

²³⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 191.

²³⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 357.

²³⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

outra;

- b) cláusulas de divisão territorial, na qual um dos distribuidores de determinado produto torna-se o único capaz de comercializá-lo em uma determinada região, ou para uma carteira de clientes específica;
- c) restrições sobre preços de revendas;
- d) vendas casadas;
- e) concessões de descontos de fidelidade, metas, bonificações e outros incentivos.

A principal vantagem auferida pelas empresas que decidem pactuar um acordo vertical é a redução dos custos de transação. Inclusive, é por esse motivo que a Escola de Chicago (neoclássica) entende que toda a forma de acordo vertical deve ser considerada lícito.²³⁸

A noção inicial de custos de transação foi construída por Ronald Coase em seu clássico artigo *"The Nature of the Firm"*, de 1937²³⁹, no qual o autor tentava investigar a razão pela qual "a empresa internaliza atividades que poderia obter a um custo inferior no mercado, supondo a existência de ganhos de eficiência provenientes da divisão do trabalho".²⁴⁰

Victor Hugo Rocha Sarto e Luciana Togeiro de Almeida explicam que

Estes custos estariam vinculados às formas de organização e coordenação da atividade econômica que resultariam em diferentes meios de alocação dos recursos produtivos. No mercado, o sistema de preços é o fator de coordenação da alocação dos recursos, enquanto, na firma, tal função seria desempenhada por uma autoridade. Desta forma, a origem da firma decorre dos custos em negociar no mercado que podem ser evitados ou reduzidos ao se organizar a produção através da relação de autoridade. Por outro lado, a internalização excessiva de transações sob a organização da firma prejudica a alocação dos recursos e a produção, acarretando maiores custos.²⁴¹

²³⁸ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 362/363.

²³⁹ COASE, R. H. **The Problem of Social Cost**. Journal of the Law and Economics. Vol III, University of Virginia: outubro de 1960. Disponível em: <https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> Acesso em: 19 de mai. de 2017

²⁴⁰ SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de. **A Teoria dos Custos de Transação: Uma Análise a partir das Críticas Evolucionistas**. Revista Iniciativa Econômica - UNESP. São Paulo, Vol. 2, n. 1., 2015. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/iniciativa/article/view/7301> Acesso em: 28 de mai. de 2017, p. 5.

²⁴¹ SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de. **A Teoria dos Custos de Transação: Uma Análise a partir das Críticas Evolucionistas**. Revista Iniciativa Econômica - UNESP. São Paulo, Vol. 2, n. 1., 2015. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/iniciativa/article/view/7301> Acesso em: 28 de mai. de 2017, p. 5.

Desta forma, conforme Edison Benedito da Silva Filho, para Coase “as firmas surgem como soluções que visam minimizar os custos de se obter produtos e serviços diretamente no mercado, através da internalização desses processos numa estrutura hierárquica”.²⁴²

A escolha que o empresário fará, promovendo o crescimento da estrutura organizacional interna de sua empresa, ou obtendo os produtos e serviços dos quais necessita de outras empresas no mercado, dependerá dos custos de transação.²⁴³

Esses custos representam as incertezas relativas a preços, natureza e características do produto a ser fornecido; a informação capaz de dirimir essas incertezas e promover o acordo é cara, e muitas vezes é interessante para o empresário, a fim de afastar essas incertezas, reorganizar as atividades da empresa e internalizar esses processos.

No interior da estrutura organizacional da empresa, os custos de transação são comandados pela autoridade do empresário, que planeja e distribui as atividades internas a partir da divisão do trabalho.²⁴⁴

²⁴² SILVA FILHO, Edison Benedito da. **A Teoria da Firma e a Abordagem dos Custos de Transação: Elementos para uma Crítica Institucionalista**. Pesquisa e Debate, SP, volume 17, número 2 (30) pp. 259-277, 2006. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/download/11819/8544> Acesso em: 28 de mai. de 2017, p. 263.

²⁴³ Conforme trecho extraído do trabalho original: “The argument has proceeded up to this point on the assumption (explicit in Sections III and IV and tacit in Section V) that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost. [...] It is clear that an alternative form of economic organization, which could achieve the same result at less cost than would be incurred by using the market, would enable the value of production to be raised. [...] It does not, of course, follow that the administrative costs of organizing a transaction through a firm are inevitably less than the costs of the market transactions which are superseded. But where contracts are peculiarly difficult to draw up and an attempt to describe what the parties have agreed to do or not to do (e.g. the amount and kind of a smell or noise that they may make or will not make) would necessitate a lengthy and highly involved document, and, where, as is probable, a long-term contract would be desirable; it would be hardly surprising if the emergence of a firm or the extension of the activities of an existing firm was not the solution adopted on many occasions to deal with the problem of harmful effects. This solution would be adopted whenever the administrative costs of the firm were less than the costs of the market transactions that it supersedes and the gains which would result from the rearrangement of activities greater than the firm's costs of organizing them.” In COASE, R. H. **The Problem of Social Cost**. Journal of the Law and Economics. Vol III, University of Virginia: outubro de 1960. Disponível em: <https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> Acesso em: 19 de mai. de 2017

²⁴⁴ “Portanto, fora da firma o sistema de preços é o fator de coordenação da alocação dos recursos, enquanto dentro dela o papel é exercido por uma autoridade. Coase desse modo conclui que

Por outro lado, no mercado, os custos muitas vezes são ditados pelos preços dos produtos, e as discordâncias acerca do seu montante podem dar origem ao aumento de custos de transação relativos à informação.²⁴⁵

Desta forma, “a firma será tanto maior quanto mais interessante for para o empresário substituir as transações de mercado por transações internas”.²⁴⁶

No mesmo sentido, conclui-se que

A decisão dos agentes quanto às suas alternativas institucionais de produção e distribuição dependeria da avaliação da eficiência e dos custos marginais de organizar cada transação, permitindo-lhes a melhor escolha entre a autoridade administrativa ou o mecanismo de preços. Assim, pautado pela visão tradicional de rendimentos decrescentes, Coase defendeu a hipótese de que **a firma poderia crescer somente até o limite em que a internalização de uma transação adicional levasse a um incremento de custos equivalente àquele correspondente à efetivação desta pelo mercado** ou sob a direção de outro empresário.²⁴⁷ (grifos nossos)

Ao longo dos anos, Oliver E. Williamson contribuiu para ampliar o conceito de custos de transação, introduzindo a noção de que a sua análise dependia do reconhecimento da racionalidade limitada dos indivíduos envolvidos nas operações, bem como no fato de que pelo menos algumas ações eram ditadas pelo oportunismo dos agentes econômicos no mercado.²⁴⁸

Para esse autor, todas as formas de organização da produção devem

mercados e firmas são modos alternativos de dirigir a produção” In PESSALI, Huáscar Fialho. **Teoria dos Custos de Transação: Uma Avaliação à Luz de Diferentes Correntes do Pensamento Econômico**. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998, p.12.

²⁴⁵ “Coase expõe que os custos de transação são definidos como os custos de negociação e de garantia de cumprimento de um contrato, não ligados aos custos de produção, sendo os custos para barganhar, manutenção de segredos e busca por informações, além de dispêndios para aplicação de regras e leis. Para o sucesso de uma firma o valor de produção deve ser maior que o custo da transação, caso contrário causaria o fim de sua atividade. No caso da firma, o custo transação é somado aos custos administrativos para viabilizar a barganha, podendo resultar em altos custos de transação.” In SOARES, Danielle de Almeida Mota, SILVA, Guilherme da. TORREZAN, Raphael Guilherme Araujo. **Aplicação Ambiental do Teorema de Coase: O Caso do Mercado de Créditos de Carbono**. Revista Iniciativa Econômica - UNESP. São Paulo, Vol. 2, n. 2., 2015. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/iniciativa/article/view/8691>> Acesso em: 28 de mai. de 2017

²⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 314/315.

²⁴⁷ SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de. **A Teoria dos Custos de Transação: Uma Análise a partir das Críticas Evolucionistas**. Revista Iniciativa Econômica - UNESP. São Paulo, Vol. 2, n. 1., 2015. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/iniciativa/article/view/7301>> Acesso em: 28 de mai. de 2017, p. 6.

²⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach**. American Journal of Sociology, Volume 87, N. 3, Nov., 1981, 548-577. Disponível em: <https://www2.bc.edu/candace-jones/mb851/Feb19/Williamson_AJS_1981.pdf> Acesso em: 28 de mai. de 2017, p. 555.

seguir o imperativo no qual as transações devem ser organizadas de modo a economizar com a racionalidade limitada enquanto, ao mesmo tempo, visam protegê-las dos riscos do oportunismo dos concorrentes.²⁴⁹

Assim sendo, para Williamson, o empresário pode optar pelo desenvolvimento de solução interna, junto à estrutura organizacional da própria firma; ou optar pela contratação da solução externa, junto ao mercado.

Os custos de transação que devem ser levados em consideração na tomada de decisão contemplam aqueles voltados à celebração e à manutenção do contrato, ou seja, o acordo entre empresas diferentes voltado a estabelecer relação mercadológica de fornecimento/distribuição.

Esses custos existem, e não podem ser completamente abstraídos, em virtude da limitada capacidade racional dos indivíduos em encontrarem soluções para os problemas, posto a dificuldade de obtenção e compartilhamento de informações; aliada à falta de lealdade nas relações comerciais.

A escolha deverá sopesar, então, as vantagens e desvantagens de cada uma das opções, considerando sempre a eficiência relativa que cada método possui, no caso concreto, no que diz respeito à redução dos custos de transação.

Utilizando as teorias de Coase e Williamson, uma definição sintética de custos de transação elaborada por Paula Forgioni entende-os como

aqueles que a empresa incorre mesmo antes de realizar o negócio (*ex ante costs*) para encontrar o parceiro, conceber, negociar, minutar e blindar o acordo, bem como os custos posteriores (*ex post costs*) relacionados a problemas e ajustes que vem à tona durante a vida do contrato por conta de inevitáveis lacunas, erros, omissões e fatos que não foram antecipadamente previstos pelas partes.²⁵⁰

As firmas procuram optar pelos acordos verticais, pois, mediante as restrições verticais cuidadosamente planejadas e formalizadas em contratos, é possível alcançar diminuição significativa dos custos de transação, fornecendo à empresa certa independência quanto ao elemento “preço”, que, como afirmamos anteriormente, é ditado pelo mercado e foge ao controle da empresa.

Nesse mesmo sentido escreve Salomão Filho:

²⁴⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 32.

²⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 364.

Esse problema representa, por assim dizer, o outro lado do teorema de Coase. Se as relações verticais geram, de um lado, custos de transação, estes mesmos custos são fonte de informação preciosa para os agentes não envolvidos na transação. Consumidores e mesmo concorrentes podem inferir e descobrir elementos de preço e quantidade produzida, fundamentais para suas decisões. Daí porque os custos de transação solapam o poder de mercado de quem neles incorre. É preciso, então, que o direito antitruste procure equilibrar estímulo e repressão a estruturas que se propõem a eliminar esses custos.²⁵¹

Um acordo vertical voltado a restrição de fornecimento/distribuição, como o de exclusividade, pode provocar um dos mais nocivos efeitos à prática empresarial no que diz respeito à liberdade de concorrência: o fechamento de mercados a novos concorrentes.

Isso pode ocorrer, por exemplo, através da perda do canal de escoamento das mercadorias de outros agentes do mesmo setor, resultando no fechamento daquele setor para outros concorrentes não beneficiados com o acordo.

Outros exemplos deletérios que podemos levantar são: o aumento dos custos dos concorrentes; a facilitação da formação e perpetuação dos cartéis; a diminuição de opções e o aumento dos preços aos consumidores; entre outros.

Por fim, resta-nos falar sobre os acordos horizontais, definidos sucintamente como aqueles acertos firmados entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, estando em direta concorrência umas com as outras. Nessa categoria encontraremos os acordos responsáveis pela formação dos cartéis.

Os cartéis, por sua vez, são “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles, e que têm seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, caput, da Lei 12.529 de 2011”²⁵².

Já conceituamos de forma exaustiva o acordo horizontal referido como cartel, quando introduzimos a ideia de Acordo de Leniência, e quando discorremos sobre o crime contra a ordem econômica, previsto na Lei n. 8.137/90; de modo que referimos o leitor à seção correlata deste trabalho.

Para entendermos os fatores que levam à formação de um cartel em um determinado mercado competitivo, precisamos assumir, momentaneamente, o ponto

²⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 316.

²⁵² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 341.

de vista dos concorrentes.

Ora, é evidente que a livre concorrência é princípio precioso à ordem econômica, como já tivemos a oportunidade de aduzir anteriormente, sendo objeto jurídico primordial da tutela trazida pela Lei Antitruste.

Não obstante, da perspectiva do empresário que empreende no mercado competitivo, organizando sua atividade no sentido de minimizar os custos transacionais e ampliar a eficiência produtiva, a livre concorrência é prejudicial aos seus interesses.

Percebe-se que, em mercados que possuem disputa ferrenha pela conquista da clientela, a empresa que pretende manter-se competitiva é obrigada a investir na melhoria dos seus produtos, na redução dos custos de produção, e na entrega de produtos de qualidade e menor preço final ao consumidor. O resultado lógico é a redução dos lucros auferidos pelo empresário.

Por outro lado, se o aumento dos lucros funciona como incentivo geral para que a empresa promova a melhoria do produto e a redução do preço final, mantendo-se competitiva, também é verdade que ele incentiva a busca pela neutralização da concorrência, pelo domínio do mercado e pelo alcance do monopólio²⁵³.

Assim sendo, é uma consequência natural do mercado competitivo que os agentes econômicos procurem afastar, diminuir ou neutralizar a concorrência, através de domínio de mercado, propício a colocá-la em posição monopolística; ou através de acordos, tácitos ou expressos, com a finalidade de obter condições mais vantajosas aos partícipes e a eliminação do processo normal de concorrência.²⁵⁴

Salienta-se que as características próprias de cada mercado determinam a magnitude da predisposição à formação de cartéis inerente a cada determinado setor econômico. Dentre os fatores listados por Posner²⁵⁵, destacamos os que seguem:

²⁵³ Conforme definição de Posner, "A monopolist is a seller (or group of sellers acting like a single seller) who can change the price at which his product will sell in the market by changing the quantity that he sells. Concretely, by reducing his output he can raise his price above the cost of supplying the market, which is the price level that competition would bring about, the competitive price. This "power over price," the essence of the economic concept of monopoly, derives from the fact that market price is inverse to quantity. Some people will value the product more than other people do, so if supply is curtailed they will bid the price up to make sure they get it. Conversely, as supply is increased, the price must fall to induce people who value the product less to buy it. The seller who controls the supply of a product can therefore raise his price by restricting the amount supplied." In POSNER, Richard A. **Antitrust Law**. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

²⁵⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 340/341.

²⁵⁵ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 4ª ed. Boston: Little-Brown, 1992, p. 287/288.

- a) número de agentes econômicos atuantes no mercado: quanto menor o número, maior a estabilidade do cartel;
- b) homogeneidade do produto: quanto mais homogêneo o produto fornecido, menor a possibilidade de que novo concorrente apresente produto com inovação capaz de desestabilizar o equilíbrio do cartel;
- c) baixa elasticidade da procura em relação ao preço: se a procura se mantém constante e as vendas não caem com o aumento dos preços, há maior probabilidade de sucesso na obtenção de lucros pela formação do cartel;
- d) existência de barreiras de entrada para novas empresas;
- e) mercado em retração: mercados em situações de crise são mais propensos à cartelização; e,
- f) estrutura de mercado dos adquirentes do produto: mercados mais especializados, com menor número de compradores, são mais suscetíveis à cartelização.

É nessa mesma esteira que uma parte da doutrina entende pela necessidade de descriminalização da conduta de cartel, deixando o controle da formação dos acordos horizontais para a esfera administrativa, na forma de sanções e incentivos voltados a prevenir sua efetivação.

Dito de outra forma, se muitas vezes o agente econômico em conluio vê-se obrigado a manter-se cartelizado, a fim de proteger sua posição no mercado, é evidente que o elemento subjetivo não existe, porque sua intenção não é a de prejudicar a liberdade de concorrência, mas apenas a de evitar a sua própria exclusão do mercado.²⁵⁶

Seguindo a lógica de que há uma tendência natural, inerente a qualquer mercado, que o aumento dos lucros incentive a eliminação da concorrência, é de suma importante que o Estado organize, fiscalize e sancione as condutas voltadas a agredir a ordem econômica.

Desta forma, o legislador cuidou de apresentar exemplos de acordos horizontais voltados a orientar a atuação do intérprete. Esses exemplos, trazidos pela

²⁵⁶ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 18.

Lei n. 12.529/11, já foram aqui levantados, quando enumeramos as condutas do rol exemplificativo do artigo 36, parágrafo 3º. Em especial, cuida-se das alíneas do inciso I, conforme descritas abaixo:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Diante das inúmeras hipóteses de condutas a pouco arroladas, não podemos deixar escapar a apreensão correta do sentido da proibição legal. Nela, a infração à ordem econômica materializa-se pelo encontro da forma do ato anticoncorrencial com o seu objetivo.

A forma do ato é aqui representada pelo rol do artigo 36, parágrafo 3º, inciso I, alíneas “a” até “d”, da Lei n. 12.529/11; o seu objetivo está presente no artigo 36, *caput*, da Lei n. 12.529/11: prejudicar a livre concorrência, dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros e abusar da posição dominante.

Lembramos, ainda, que o rol do parágrafo 3º é meramente exemplificativo, uma vez que o *caput* explicita que os atos podem manifestar-se de qualquer forma, inclusive mediante acordos horizontais que ocorram por vias não previstas na listagem.

De qualquer forma, também é importante lembrar que o problema principal da repressão da formação dos carteis situa-se não em sua caracterização, mas sim na comprovação processual da existência dos conluíus. Ou seja, devido a sua natureza fraudulenta e sigilosa, os acordos para a formação e manutenção dos carteis são muito difíceis de serem provados.

É nesse sentido que o Acordo de Leniência mostra sua principal utilização para o Direito Concorrencial, oferecendo como prêmio ao próprio agente cartelizado que forneça elementos capazes de desarticular o conluio, a imunidade nas esferas administrativa e penal.

2.4 ACORDO DE LENIÊNCIA E A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Como vimos, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, Lei n. 12.529/11, e a legislação penal antitruste, Lei n. 8.137/90, preveem punição aos mesmos atos praticados contra a ordem econômica, em esferas diferentes.

Desta maneira, a formação de cartel é infração administrativa prevista no artigo 36, *caput*, da Lei n. 12.529/11, mas também é crime contra a Ordem Econômica, previsto pelo artigo 4º, da Lei n. 8.137/90.

Também estudamos que a formação de um cartel é de muito difícil comprovação, posto que os atos contra a livre concorrência, praticados em conluio de empresas, são perpetrados de forma fraudulenta e sigilosa, e, na vasta maioria das ocasiões, não deixam indícios ou provas documentais.

É nesse âmbito que o legislador entendeu por bem introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o Acordo de Leniência, espécie de delação premiada oriunda do Direito anglo-saxão, voltada a constituir material probatório capaz de permitir o desfazimento do cartel e a punição dos demais membros do conluio.

Ele consiste em confissão realizada por um dos participantes do ato fraudulento, que fornece informações necessárias para o desvelo do ilícito e a apuração da responsabilidade dos demais envolvidos, recebendo, em troca, a imunidade relativa às sanções administrativas advindas do julgamento da conduta infratora, ou a diminuição da multa aplicada de um a dois terços.

O acordo de leniência está previsto no artigo 86 da Lei n. 12.529/11, conforme transcrito abaixo:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

- I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
- II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Os requisitos e condições para a aplicabilidade do Acordo de Leniência podem ser resumidos da seguinte maneira:

- (i) o denunciante deverá colaborar efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, ou seja, o acordo deverá assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo;
- (ii) dessa colaboração há de resultar a identificação dos demais partícipes e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração;
- (iii) o denunciante deve ser o primeiro a se oferecer, às autoridades, para delatar o esquema infrator;
- (iv) o denunciante deve cessar seu envolvimento no conluio desde a propositura do acordo;
- (v) o CADE deverá, efetivamente, necessitar das provas fornecidas pelo denunciante para assegurar a condenação da prática. É defeso à Administração celebrar acordo de leniência (e, dessa forma, beneficiar o denunciante) quando já houver provas suficientes à caracterização de infração à ordem econômica; e,
- (vi) o denunciante deve comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até o encerramento do processo.²⁵⁷

Aplicar um instituto do Direito Premial para auxiliar na investigação e na prevenção das infrações praticadas, por óbvio, não parece muito atraente aos particulares. Ora, se o acordo exige descrição detalhada dos atos do cartel e do envolvimento dos coautores, a própria delação dos comparsas importa praticamente em confissão de culpa do delator.

A insegurança jurídica nasce a partir do ponto em que os resultados da investigação promovida pelo acordo são entregues ao Ministério Público, titular da ação penal cabível para a punição dos administradores das empresas envolvidas nos atos descritos no artigo 4º da Lei 8.137/90.

A responsabilização penal dos demais infratores poderia expor por demasiado à empresa signatária do acordo, tanto às represálias de mercado dos seus pares, quanto ao próprio órgão ministerial, que poderia bem decidir promover ação contra o leniente.

Desta forma, o legislador conferiu ao leniente a possibilidade de obter a extinção da punibilidade na esfera criminal, a fim de tornar o acordo mais atrativo. Nas palavras de André Maciel Vargas dos Santos,

o legislador procurou dar efetividade ao acordo de leniência, percebendo que não bastava o aceno com o abrandamento ou a extinção da penalidade administrativa. O temor da sanção criminal é latente, devendo, sim, ser a questão criminal considerada quando da criação de qualquer política contra a formação dos cartéis.²⁵⁸

²⁵⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 152/153.

²⁵⁸ SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

Essa possibilidade gerou, e ainda gera, muita discussão na doutrina, posto que o Ministério Público é o titular privativo da Ação Penal Pública Incondicionada, conforme disposto pela própria Constituição Federal, artigo 129, I:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

A atuação do Ministério Público diante das infrações à ordem econômica, porém, não se limita a persecução penal dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90. Entende Marcelo Sciorilli que o Ministério Público brasileiro, seja o Ministério Público da União, seja o Ministério Público dos Estados, foi alçado pela Constituição Federal ao posto de guardião da Ordem Econômica.²⁵⁹

Desta forma, sua atuação está pautada não apenas na titularidade da Ação Penal, mas também no mandamento constitucional que determina ao Órgão Ministerial a função institucional de guarda dos interesses difusos e coletivos, expressão que abriga a ordem econômica e a economia popular.

Com efeito, diz o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal que

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Também essa previsão está contida na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei n. 8.625/93, em seu artigo 25, inciso IV, alínea 'a':

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
[...]
IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
[...]
a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Encontramos a mesma previsão na Lei Orgânica do Ministério Público da

²⁵⁹ SCIORILLI, Marcelo. **A Ordem Econômica e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 129.

União, a Lei Complementar n. 75/93:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

[...]

c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional;

[...]

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

[...]

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

[...]

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:[...]b) à ordem econômica e financeira;

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) também determina, em seu artigo 80, que sejam aplicados aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, os ditames da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93):

Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Deste modo, na ausência de previsão expressa em suas Leis Orgânicas, também é função dos Ministérios Públicos dos Estados a proteção da Ordem Econômica.

Por fim, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Lei Complementar n. 197/00, reproduz a legislação nacional e federal, para fazer constar, em seu artigo 82 que:

Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

VI - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para: [...]

b) a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

XII - promover, além da ação civil pública, outras ações necessárias ao

exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, interesses individuais homogêneos, especialmente quanto à ordem econômica, à ordem social, ao patrimônio cultural, à probidade administrativa e ao meio ambiente;

Já a Lei da Ação Civil Pública, a Lei n. 7.347/85, confere ao Ministério Público legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas que tenham por objeto a proteção da ordem econômica:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

V - por infração da ordem econômica;

[...]

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

I - o Ministério Público;

[...]

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

A própria Lei Antitruste prevê a atuação do Ministério Público Federal, como órgão parecerista obrigatório, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica:

Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

Em relação a essa atividade, Sciorilli tece crítica no sentido de que a atribuição fiscalizatória do Ministério Público deve transcender a mera emissão de pareceres:

Calha, doravante, estimular a ação do Parquet sobretudo como órgão agente, e não meramente interveniente. A atividade parecerista, tão valorizada outrora, deve ceder passo à atuação ministerial na preservação dos interesses metaindividuais, especialmente mediante propositura de ações civis públicas. Para tanto, necessário se faz aprimorar e desenvolver mecanismos de racionalização na atuação dos membros do Ministério Público na área cível, o que, por incrível que possa parecer, ainda sofre resistências de alguns setores da instituição.²⁶⁰

²⁶⁰ SCIORILLI, Marcelo. **A Ordem Econômica e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 136.

Já em relação à atuação do órgão ministerial na seara administrativa, promovendo a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta, e, porventura, Acordos de Leniência, com validade diante dos órgãos de fiscalização e respaldo na Lei Antitruste, o mesmo autor se posiciona favorável, em razão da autonomia funcional e das funções institucionais, como segue:

Por outras palavras, deparando-se o representante do Parquet com práticas atentatórias à ordem econômica, como aquelas descritas nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/1994, estaria ele compelido a, antes de firmar compromisso de ajustamento de conduta com os faltosos, colher a anuência do CADE (ou SDE)? A dúvida que se coloca não tem cunho meramente acadêmico, notadamente porque o CADE também poderá, no exercício de suas atribuições, celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação, mediante termo que contere as obrigações assumidas pelo investigado e o valor da multa em caso de descumprimento do pacto (art. 53 da Lei n. 8.884/1994). Quer nos parecer, nesse particular, que inexistente qualquer obrigação legal que imponha ao membro do Ministério Público a colheita de manifestação do CADE (ou SDE) antes da celebração de termo de ajustamento de conduta. Isto, aliás, até mesmo por força da autonomia e independência que devem permear as decisões tomadas pelos representantes do Parquet. Todavia, embora não compulsória, a ciência ao CADE e à SDE da pretensão de celebrar termo de ajustamento de conduta afigura-se de todo conveniente. De fato, contando tais organismos com corpo de profissionais especializados na matéria, poderão eles contribuir, conforme o caso, com o fornecimento de dados úteis para que o ajuste possa, realmente, produzir os efeitos almejados. Mais do que disso, hipóteses poderão surgir em que as notícias trazidas pela SDE ou pelo CADE não mais recomendem a celebração do termo de ajustamento de conduta pelo Ministério Público.²⁶¹

Diferente, no entanto, é a posição do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme informação veiculada no Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE:

É possível celebrar Acordos de Leniência Antitruste diretamente com os Ministérios Públicos e/ou na esfera judicial? Não. Para a celebração de Acordos de Leniência Antitruste, a Lei nº 12.529/2011 determina que a autoridade competente é a Superintendência-Geral do Cade. Assim, ainda que haja o contato direto com o Ministério Público e/ou na esfera judicial para a negociação de Acordos de Leniência relativos em todo ou em parte a outros ilícitos, é necessária a negociação específica com o Cade do Acordo de Leniência Antitruste, que contará com a participação do Ministério Público como interveniente anuente. A celebração de outros Acordos de Leniência com outras instituições (como por exemplo com o Ministério Público ou com a Controladoria Geral da União), não excluem a competência da Superintendência-Geral do Cade na celebração dos Acordos de Leniência Antitruste nos termos da Lei 12.529/2011.²⁶²

²⁶¹ SCIORILLI, Marcelo. **A Ordem Econômica e o Ministério Público**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 134.

²⁶² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia do**

Por outro lado, apesar de o CADE não entender ser da competência do Ministério Público a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta ou Acordos de Leniência no que tange as infrações à ordem econômica; o próprio CADE recomenda, para garantir os efeitos penais eventualmente conferidos à anistia fornecida pelo acordo, que Ministério Público Estadual e/ou o Federal participe como agente interveniente da leniência.

Após esse breve apanhado acerca das funções institucionais do Ministério Público, cabe retornar à polêmica previsão do artigo 87 da Lei 12.529/11:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e os tipificados no [art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Assim, não poderia, em acordo firmado sem a participação do Ministério Público, outro Poder determinar a renúncia, ou negociar a disponibilidade da Ação Penal. Essa é a opinião de Siqueira, ao explicitar que

o acordo de leniência com aspectos penais implica em violação de atribuição típica do Ministério Público, posto que por força de imperativo constitucional ele é o titular da ação penal (art. 129, I, da CRFB), e ao prever que uma autarquia pode livremente dizer onde há ou não razão ou motivação político-criminal idônea para repelir a aplicação de pena no direito penal, há a criação de perigoso precedente à inflação de elementos políticos afetando diretamente a atuação do MP.²⁶³

Lívia Gonçalves utiliza o princípio da reserva de jurisdição para defender que as autoridades administrativas não contam com legitimidade para negociar consequências penais com as empresas infratoras. O princípio constitucional seria, pois, voltado a garantir que apenas no Ministério Público, como detentor legítimo da

Programa de Leniência Antitruste do CADE. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 8 de abr. 2017, p. 11/12.

²⁶³ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de leniência e seus reflexos penais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.12, n.68, p. 32-39, out./nov. 2015, p. 34.

ação penal, poderia dispor ou restringir sua aplicação:

Há quem entenda que as autoridades administrativas, não integrantes do Poder Judiciário, não poderiam tomar as mais importantes decisões em matéria criminal, de forma isolada e automática. Ao analisar as provas obtidas, definir qual crime foi cometido, ponderar se a identificação dos co-autores foi adequada e, por fim, extinguir a punibilidade do ilícito penal, esses entes estariam afrontando o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da reserva da jurisdição.

(...)

Dessa forma, apesar da Lei nº 10.149/00 não impor a participação do Ministério Público na realização do acordo, sendo os crimes contra a ordem econômica sujeitos à ação pública incondicionada, caberia ao Ministério Público dispor ou restringir a sua aplicação. Contrariamente, ter-se-ia um desestímulo a denúncia dos atos de concentração do mercado, uma vez que o denunciante só teria a certeza do perdão na esfera administrativa do CADE, mas não a garantia da extinção da punibilidade.²⁶⁴

Para Flávio Siqueira, caberia aos órgãos de fiscalização promover a efetiva participação do Órgão Ministerial, sob pena de ver os efeitos penais da transação tornarem-se vazios de pleno direito. A exclusividade de competência que o Ministério Público guarda em si, no que tange a apresentação da Ação Penal Pública, também afasta qualquer pretensão de invocação do *venire contra factum proprium* por parte da empresa leniente, conforme explicado abaixo:

A salvação desses acordos residiria na participação do Ministério Público, no entabulamento dos acordos ou na alusão da projeção penal do mesmo com a participação do Ministério Público, notadamente, pelos reflexos que transcendem as raízes meramente administrativas, indo além para alcançar situações açambarcadas por processos de improbidade administrativa ou ações penais.

(...)

Não se cogita em violação ao princípio do *venire contra factum proprium*, uma vez que o acordo de leniência é elaborado sem a observância de regras constitucionais sobre as atribuições institucionais do Ministério Público. Logo, não se pode conferir validade a um acordo elaborado sem a participação do órgão que detém o poder-dever de deflagrar a ação penal e a chancela do Poder Judiciário.²⁶⁵

Da mesma forma entende Rodolfo Tigre Maia, ao explicar que o Acordo de Leniência firmado pelo CADE não pode vincular o Ministério Público, criando condição

²⁶⁴ GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010, p. 215/216.

²⁶⁵ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **Acordo de leniência e seus reflexos penais**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.12, n.68, p. 32-39, out./nov. 2015, p. 35 e 38.

inédita de procedibilidade da Ação Penal, sob pena de ofender a autonomia funcional, constitucionalmente garantida. Salienta o autor que

Por força das relevantes consequências supra-apontadas, que revestem a repercussão processual penal do novel instituto, fica patenteado que para a admissibilidade penal do acordo de leniência deve ser ouvido previamente o Ministério Público, na medida em que, como referido, a avença administrativa poderá por decorrência imediata obstaculizar a formação da *opinio delicti* que cabe tão-somente a essa instituição, consubstanciando severa restrição a um poder/dever que lhe é constitucionalmente cominado com exclusividade, ao coatar a propositura da ação penal pública. [...] É importante frisar, finalmente, apesar de lindar o truísmo, diante da inexistência de previsão legal expressa nesta direção, que a perspectiva da celebração de acordo de leniência administrativa não constitui a criação de uma nova condição de procedibilidade para a ação penal pública, mas apenas uma modalidade sinalagmática de direito premial que poderá culminar com a extinção da punibilidade. O eventual direito público subjetivo ao seu reconhecimento em sede penal, admitido por nós ao interessado quando presentes todos os requisitos legais para sua obtenção, não implica subordinar o exercício da atividade pública de repressão à criminalidade, atuada por meio da persecução penal, ao alvedrio do particular infrator da ordem econômica, aguardando que o mesmo procure a autoridade pública para o fim de celebrar acordo de leniência quando melhor lhe convier, ou exigindo que ele tenha recebido solicitação prévia instando-o a tanto.²⁶⁶

Rafael Junior Soares é ainda mais incisivo, ao salientar que o Acordo de Leniência não poderá, em hipótese alguma, ser usado como forma de impedir o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, caso este não tenha participado da avença, por respeito aos princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade. Portanto

o acordo de leniência firmado pela SDE não poderá ser oposto ao Ministério Público como forma de impedir o oferecimento de denúncia, visto que o órgão acusatório não participou daquele pacto, inexistindo qualquer vinculação em relação àquilo que fora exposto na esfera administrativa, e, mesmo que participasse, faltaria fundamento legal para se permitir a negociação entre Parquet, acusado e Poderes Executivo e Judiciário em razão dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal que deverão prevalecer.²⁶⁷

Para outra parte da doutrina, no entanto, o Acordo de Leniência firmado entre o Poder Executivo, na figura do CADE, autarquia vinculada ao Ministério da

²⁶⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 235, 238/239.

²⁶⁷ SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público**. 14 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2013/02/da-impossibilidade-do-uso-do-acordo-de.html>>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

Justiça, uma vez homologado judicialmente, é capaz de barrar a ação penal.

Anna Carolina Faraco Lamy, por exemplo, acredita que a legitimidade do acordo firmado entre as partes, uma delas sendo o Estado, uno em seu desígnio, representado pelo Poder Legislativo que publicou a lei, e pelo Executivo que firmou o acordo, estaria completamente comprovada, não cabendo ao Judiciário, ou ao Ministério Público, interferir nele.

Conforme as palavras da autora

Portanto, a apresentação de denúncia em face do leniente, sendo utilizadas as provas coletadas com o auxílio deste para tanto, configura nítida incoerência do sistema pensado no panorama global, eis que, o mesmo Estado que permite por meio da Legislação Antitruste vigente, proíbe através da atuação do Ministério Público. Essa verdadeira desordem legal- marcada pela concomitante permissão e proibição de uma hipótese legalmente prevista - enseja inexorável quadro de insegurança jurídica, e, na perspectiva específica do Acordo de Leniência, decreta a condenação do instituto ao fracasso. Isto ocorre porque a atratividade que emana do Acordo para fins de cooptar proponentes restará, posteriormente, rechaçada pelo Ministério Público e o sujeito da conduta cartelizadora será, de qualquer maneira, processado e punido criminalmente. Vale ressaltar que, para agravamento da situação, ele será processado e punido com base em provas que ele mesmo coletou, quando, ainda, acreditava na obtenção do benefício prometido, a ele, pelo Estado. O Estado é uno e dividido nas entidades que o servem. A atuação do Poder Legislativo, portanto, não está submetida à anuência do Ministério Público, mas tem, sim, como único interventor o Chefe do Poder Executivo no exercício do veto. Uma vez concluído, adequadamente, o processo de formação de uma norma e a mesma ter entrado em vigor, não há meios para debater sua validade, a não ser, a partir de suposta dissonância com o regramento constitucional mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade.²⁶⁸

No mesmo sentido, André Maciel Vargas dos Santos acredita que a lei cria, no processo administrativo conduzido pelo CADE, uma condição objetiva de punibilidade penal. Desta forma, faltaria ao Ministério Público mesmo o interesse de agir ao propor ação que já teve a punibilidade de seu objeto extinta pelo próprio contrato que perfectibilizou a vontade da lei.²⁶⁹

Seja como for, conforme já adiantado anteriormente, o próprio CADE recomenda que os acordos sejam firmados com a participação do Ministério Público, Federal e Estadual, posto que o crime de Cartel, a depender de sua extensão, pode

²⁶⁸ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 187/188.

²⁶⁹ SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

ter a competência da Justiça Federal e Estadual

Apesar de os arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 não exigirem expressamente a participação do Ministério Público para a celebração de Acordo de Leniência, a experiência consolidada do CADE é no sentido de viabilizar a participação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal, tendo em vista as repercussões criminais derivadas da leniência. Assim, o Ministério Público Estadual e/ou o Federal participa como agente interveniente no acordo, a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários do Acordo de Leniência, além de facilitar a investigação criminal do cartel.²⁷⁰

Conclui-se, então, que na falta de legislação específica, que regularize de maneira pormenorizada a atuação do Ministério Público nos Acordos de Leniência, cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica permitir que o órgão ministerial participe da formulação dos acordos, não só como membro parecerista, mas também como parte interessada signatária, a fim de dar eficácia a eventual efeito penal previsto nele.

No próximo capítulo estudaremos as infrações de abuso de poder que levam a danos contra o patrimônio público, por meio da corrupção e da criminalidade de colarinho branco. Diante da proximidade inegável entre as infrações contra a Ordem Econômica e a corrupção, reservaremos para mais adiante nesse estudo a oportunidade de falar sobre outro mecanismo importantíssimo de combate a estas espécies de atos ilícitos, o *compliance* empresarial.

²⁷⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 8 de abr. 2017, p. 17/18.

3. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

No Capítulo anterior, verificamos que, com o advento da Lei n. 10.149/00, que incluiu os artigos 35-B e 35-C à Lei n. 8.884/94, introduzindo o Acordo de Leniência no ordenamento jurídico brasileiro, o CADE passou a contar com uma poderosa ferramenta investigativa e repressiva no combate aos cartéis.

O Programa de Leniência do CADE, disposto hoje nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/11, é uma opção atrativa que promove a participação da própria empresa infratora no processo de repressão das condutas anticoncorrenciais, a fim de dismantelar o sistema criminoso organizado, e devolver ao mercado o equilíbrio de um processo de concorrência saudável que deve permear a Ordem Econômica brasileira.

Os bons resultados obtidos pela autarquia econômica, aliados ao protagonismo do instituto da delação premiada na apuração da responsabilidade pessoal dos agentes no âmbito do combate aos crimes de colarinho branco, em especial após a Operação Lava-Jato²⁷¹, promoveram evolução considerável do Direito Premial no Direito Administrativo e no Processo Penal em nosso país.

Esses elementos, sem dúvida, inspiraram a iniciativa do legislador brasileiro em incluir a previsão do instituto probatório na Lei n. 12.846/13, batizada de Lei Anticorrupção. Não por acaso, Silveira pontua o fato de que

Nesse sentido, é de se ver que o instituto do Acordo de Leniência, na realidade concorrencial, mostra-se como uma figura híbrida, já que confere ao Cade disposição de afastamento de responsabilidades administrativa e penal, a quem colabore consigo. De todo modo, ele se sagrou, na literatura especializada, como verdadeiro pilar fundamental da Política Nacional de Proteção da Ordem Econômica no Brasil, justamente por seu caráter preventivo e reativo às atividades de cartel. Esse exemplo é a inspiração básica da Lei Anticorrupção.²⁷²

A possibilidade de que as autoridades investigativas lancem mão do Acordo de Leniência, bem como das demais ferramentas oferecidas pelo Direito Premial, no

²⁷¹ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/qual-e-a-proposta-indecete-que-torna-viavel-a-delacao-premiada/> Acesso em: 4 de jun. de 2017.

²⁷² SILVERA, Renato de Mello Jorge. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.103, n.947, p. 157-177, set./2014, p. 158.

combate à corrupção, serviu para colocá-lo, de uma vez por todas, no mapa do Direito Brasileiro.

Em tempos de Lava-Jato e de acordos milionários (bilionários, às vezes) entre o Poder Público e empresas brasileiras envolvidas em escândalos de corrupção, pagamento de propina institucionalizado, caixa dois, e compra de votos de parlamentares; o Acordo de Leniência está na boca do povo.

Todos os dias a mídia cobre os detalhes das investigações, os depoimentos e os acordos; e o brasileiro não só aprendeu como funciona o instituto na prática, como levou a discussão dos seus aspectos éticos e de sua eficiência para os locais comuns da sociedade.

Cada cidadão possui uma opinião, favorável ou contrária, cimentada em suas convicções político-ideológicas e em suas preferências partidárias, e faz questão de compartilhá-la nos espaços de discussões públicos, nas mídias sociais, nas escolas, na Academia, e em todos os lugares onde haja espaço para colocações do tipo.

No entanto, por mais atraente que seja a discussão, do ponto de vista político e econômico, não há espaço nesse trabalho para realizá-la, aqui ficando acomodada, apenas, a verificação de seus aspectos jurídicos.

Por exemplo, ao autor desse trabalho parece que a Análise Econômica do Direito pode ajudar a clarificar os aspectos econômicos relevantes para as tomadas de decisões correlatas, sobretudo no que diz respeito à eficiência econômica do Acordo de Leniência.

Mas, por entender que foge ao escopo da presente composição, o autor acredita que uma análise pormenorizada da hipótese levantada acima deve ser reservada para uma futura dissertação de mestrado, a qual ele almeja um dia poder empreender.

De qualquer forma, passaremos a investigar, nesse derradeiro capítulo, a previsão do Acordo de Leniência na Lei n. 12.846/13, bem como a atuação do Ministério Público na referida lei.

3.1 CONTEXTO POLÍTICO E SOCIAL DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Foi a partir dos trabalhos de Edwin Sutherland, na década de 1940, que nasceu a expressão “crime de colarinho branco” (*white collar crime*), usado inicialmente pelo autor para diferenciar a criminalidade “comum” de uma criminalidade “privilegiada”, mas igualmente problemática para a sociedade.

Sutherland diferenciou a criminalidade “comum”, realizada por pessoas pertencentes às classes inferiores, de baixa renda e status social; de uma espécie de criminalidade econômica ou profissional, cometida por pessoas pertencentes às classes superiores, como empresários e políticos, aproveitando-se de sua situação privilegiada para auferir ganhos ilícitos.²⁷³

Deste modo,

Sutherland criou o termo *white collar crime* para dar ênfase à posição social dos criminosos (que seria o fator determinante do seu tratamento diferenciado), e trouxe para o campo científico o estudo do comportamento de empresários, homens de negócios, e políticos, como autores de crimes profissionais e econômicos, o que antes não ocorria.²⁷⁴

Os estudos de Sutherland focaram-se na análise da violação de quatro tipos de legislação; as leis antimonopólios, leis relativas às relações de trabalho, leis que regulamentavam a publicidade e, por fim, leis que objetivavam a proteção à patentes e marcas industriais.²⁷⁵

Seu objetivo era demonstrar como os criminosos de colarinho branco eram tratados de forma privilegiada em relação aos criminosos “comuns”, devido ao fato de

²⁷³ “A partir dessa pesquisa pôde-se notar que ontologicamente a criminalidade do colarinho branco não se difere da comum, das classes mais baixas. Porém, os crimes das classes baixas são perseguidos pelos policiais, promotores, juízes, punidos com prisões. Já os crimes praticados por membros de classes superiores não resultam em ações oficiais, ou se restringem a reparações de danos em juízos civis, ou ainda, são sancionados na esfera administrativa com advertências, perda de licenças e em alguns casos com multas. Portanto, os criminosos do *white collar* são tratados de forma distinta dos criminosos comuns, e conseqüentemente não são considerados criminosos por eles próprios, pela sociedade em geral e pelos criminólogos. A diferença na implementação da lei penal se deve principalmente à posição social dos dois tipos de criminosos”. In VERAS, Ryanna Pala. **Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2006, p. 39.

²⁷⁴ VERAS, Ryanna Pala. **Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2006, p.35.

²⁷⁵ LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal: Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 140.

que o sistema de controle social estava estruturado de forma desigual.

Mesmo que as condutas não fossem perpetradas com violência, ou que houvesse dificuldade na identificação precisa de vítimas, no sentido clássico da palavra, ele foi capaz de demonstrar que as condutas eram mais danosas à sociedade do que os crimes patrimoniais, ou mesmo do que os crimes contra a vida, justamente pela potencialidade de atingir a coletividade. Assim:

O prejuízo causado pelos *white collar crimes* à sociedade como um todo era provavelmente bem maior do que os prejuízos da espécie de criminalidade tradicionalmente considerada como um problema social. Uma única quebra de banco, por exemplo, poderia gerar prejuízos superiores a todo o valor subtraído em furtos no país durante um ano inteiro. Ou seja, os *white collar crimes* são responsáveis pela perda da confiança nas instituições e por seu funcionamento desvirtuado, com prejuízo para toda a sociedade, empobrecimento e desorganização social, que trazem consigo a expansão da criminalidade “oficial”. São efeitos aparentemente imperceptíveis isoladamente, mas dificilmente recuperáveis.²⁷⁶

Do seguimento do seu trabalho desenvolveu-se a teoria criminológica da associação diferencial, da qual surge a explicação de que a criminalidade não é resultado da personalidade do indivíduo, ou das suas condições sociais, mas é fruto do aprendizado adquirido pela interação com as pessoas, em especial as mais próximas.

Observam, com propriedade, Natália Brasil Dib e Sérgio Fernando Ferreira de Lima, que

Sutherland rompeu com o pensamento causal-naturalista fundado na etiologia do crime própria do início do século XIX, segundo a qual os menos favorecidos e excluídos socialmente estariam mais propensos à prática de crimes. Sutherland verificou, através de um vasto trabalho de pesquisa, que a criminalidade das classes sociais mais baixas possuía maior percepção social e, por isso, abafavam, tornando menos perceptíveis os crimes praticados pelos pertencentes aos altos escalões. Abolia-se a chamada criminologia do delinquente, própria do pensamento lisztiano: o efeito crime, segundo Sutherland, não possuía como “causa” a qualidade social do agente, mas era resultado do aprendizado adquirido a partir de situações reais enfrentadas pelo agente. Em outras palavras e, ainda que pareça afirmação reducionista, tem-se que o comportamento criminoso é aprendido em interação com as outras pessoas, e não herdado, o que se faz concluir quando se observa ou, ao menos quando observou Sutherland, que a pessoa se torna delinquente quando a maioria de suas interações é favorável ao delito. A principal forma de aprendizagem do delito é, afinal, no âmbito de atuação de grupos pessoais privados, como exemplo citem-se as atividades

²⁷⁶ VERAS, Ryanna Pala. **Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2006, p. 37.

profissionais de um contador que pratica, reiteradamente, condutas ilícitas sem que se aperceba disso, eis que tais práticas estão incorporadas ao meio social da profissão, as chamadas associações diferenciais. Assim, em Sutherland, tem-se que, no seio de alguns grupos bem definidos, reiteram-se modelos de conduta delitivos. A partir desse “contágio”, os indivíduos passariam a ver como normais determinadas violações da lei, afinal, para eles, têm alto valor certas concepções, como a de que “trabalho é trabalho”.²⁷⁷

Os estudos sobre os crimes de colarinho branco e a teoria da associação diferencial foram capaz de municiar a Criminologia e o Direito Penal com ferramentas capazes de entender o complexo liame de fatores que se desenvolvem nos crimes de corrupção.

As observações que fizemos acima sobre os crimes de colarinho branco de maneira geral, se encaixam perfeitamente com o prejuízo à sociedade que a corrupção é capaz de trazer. Veremos que Guilherme Nucci traz uma noção bem próxima para os efeitos deletérios da corrupção daquela já preconizada por Sutherland:

Uma das maiores contradições do Direito, atualmente, é o falso entendimento de que o crime violento massacra a classe pobre enquanto o delito não violento (como a corrupção) afeta os ricos. Então, entra a demagogia estatal: aumentam -se as penas dos delitos violentos; mantêm-se as penas (ou até se diminuem) dos crimes não violentos, em que se encaixa a corrupção. A grande sacrificada pelo volume da corrupção gerada no Brasil é a camada mais pobre. A final, o desvio de dinheiro público afeta justamente a infraestrutura indispensável a quem não possui recursos financeiros, tais como alimentação, ensino, saúde, lazer, moradia etc.²⁷⁸

O conceito de corrupção, por si, é complexo. Além dos crimes previstos no Código Penal, nos artigos 317 (corrupção passiva²⁷⁹) e artigo 333 (corrupção ativa²⁸⁰), que denotam uma situação de desmoralização da Administração Pública, os sentidos que a palavra recebe no âmbito privado estão sempre ligados à depravação e à destruição de princípios e virtudes, em favor de um ganho material ilegítimo.

Essa pluralidade de conceitos denota os tipos de corrupção existentes na

²⁷⁷ DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance e Sistema Preventivo de Controle sob a Perspectiva dos Crimes contra o Sistema Financeiro*. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015. 122-123

²⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.11.

²⁷⁹ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

²⁸⁰ “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

sociedade, seja ela corrupção política, burocrática, sistêmica, individual, legal, moral, etc.

O conceito mais simples e claro de corrupção, capaz de se encaixar a qualquer situação possível, parece ser o da Transparência Internacional, uma organização não-governamental com sede em Berlim, fundada em 1993, e que tem como principal objetivo a luta contra a corrupção. Para a ONG, corrupção é o abuso do poder confiado por outrem para o ganho particular.²⁸¹

É interessante conferir, também, como a ONG classifica os três principais tipos de corrupção que se desenvolvem na sociedade. Para ela, a corrupção pode ser classificada como grande, pequena e política, dependendo da quantidade de dinheiro perdido ou desviado no processo, e do setor social no qual ela ocorre.

A pequena corrupção se refere ao abuso de poder perpetrado por representantes estatais de nível pequeno ou médio, nas suas interações com cidadãos comuns durante suas atividades de ofício. Em geral, ela ocorre enquanto os cidadãos estão tentando acessar bens ou serviços básicos, como hospitais, escolas, departamentos de polícia, ou outras agências estatais.

A grande corrupção consiste em atos praticados nos altos escalões governamentais, capazes de distorcer políticas sociais ou o próprio funcionamento central do aparato estatal, permitindo que os líderes se beneficiem, direta ou indiretamente, de bens e serviços públicos, em detrimento do bem-estar geral da população.

Por fim, a corrupção política é a manipulação de políticas, instituições e normas legais de procedimento, aplicados na alocação de recursos públicos e concessões de financiamentos e outras vantagens pecuniárias, perpetrada por autoridades públicas com poder decisório, que abusam de sua posição para manter seu próprio poder, status e riqueza.²⁸²

Em relação à corrupção que interessa ao Direito combater, Melilo Dinis do

²⁸¹ No original: “the abuse of entrusted power for private gain”. Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>

²⁸² No original: “Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs. Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low- and mid-level public officials in their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth.” Disponível em: <https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>

Nascimento define-a da seguinte maneira:

A corrupção é a interação voluntária de agentes racionais, com base em ordenamento de preferências e restrições, na tentativa de capturar, ilegalmente, recursos de organizações públicas, das quais pelo menos um deles faça parte, sendo as ações propiciadas por ambiente de baixa *accountability*.²⁸³

Sem dúvida, o combate da dimensão política e burocrática da corrupção institucionalizada no Estado é de grande interesse para a sociedade, pois é na mão dos detentores de cargos públicos, das autoridades políticas e dos gestores públicos, que se encontra concentrada a competência decisória voltada a dar destinação à coisa pública.

Os recentes escândalos de corrupção pelos quais a sociedade brasileira tem passado nos últimos anos reforçam o foco do cidadão para as facetas políticas e burocráticas das condutas corruptas. Nas palavras de Roberto Livianu:

O aspecto político da corrupção está no fato de serem crimes praticados no exercício das funções políticas, quando surgem as maiores oportunidades que essas pessoas têm em razão de seus poderes e das faculdades públicas. São crimes que se caracterizam pelo abuso do poder político. O que também caracteriza o aspecto político do crime de corrupção é a violação e abuso de poder, uma vez que a retórica é a pauta de qualquer eleição. Os políticos e a política corrupta são manifestações da distância entre o mito e a realidade da vida pública. O que verificamos, em geral, no processo político é que o abuso de confiança é intrínseco a esta característica de crime. Os crimes praticados pelos políticos também se caracterizam por ofenderem graves interesses da comunidade ou que interessam à comunidade e são cometidos com a ajuda de funcionários que se convertem em cúmplices do político, ou em autores principais. Estes funcionários, em geral, estão acobertados pelas dificuldades para a descoberta das provas, pois os verdadeiros responsáveis permanecem ocultos, podendo mesmo declarar que não sabiam o que estava ocorrendo.²⁸⁴

Em virtude do aspecto político da corrupção, e da natureza dos próprios atos de abuso de poder, podemos concluir que é muito difícil mensurar o nível de corrupção de nosso país.

Os atos corruptos, por exemplo, são deliberadamente escondidos do público, tornando-se conhecidos apenas por meio de investigações e divulgação de

²⁸³ NASCIMENTO, Melilo Dinis do. **O Controle da Corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. In NASCIMENTO, Melilo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 65.

²⁸⁴ LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal: Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 167.

escândalos. Por outro lado, o número de denúncias de suborno, ou o número de casos de corrupção levados à justiça, não refletem necessariamente o nível de corrupção de um país, pois são dados que estão mais diretamente ligados à eficiência dos órgãos de investigação nacionais.²⁸⁵

Apesar disso, não há dúvidas que a maior parte da população percebe o Brasil como um país altamente corrupto. Inclusive, é justamente a percepção subjetiva, por mais estranho que pareça, o critério de escolha da Transparência Internacional para a medida da corrupção de um país.

O Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index - CPI*), da Transparência Internacional, mede exatamente a percepção da corrupção do setor público; dados qualitativos são coletados através de diversas fontes como empresários nacionais, estudiosos do sistema político de cada país e a população em geral, e transformados em um *score* quantitativo que varia de 0 (significando um país altamente corrupto), a 100 (significando um baixíssimo nível de corrupção percebida).²⁸⁶

Os índices obtidos podem, então, ser comparados com outros indicadores para produzir informações relevantes. Por exemplo, comparando os índices de corrupção dos países, coletados pelo ranking da *CPI* em 2016, com o seu grau de exclusão social²⁸⁷, estimados através dos dados da OECD²⁸⁸ e dos estudos da Fundação Bertelsmann²⁸⁹, a Transparência Internacional foi capaz de concluir que existe uma correlação muito forte entre inclusão social, desigualdade social, democracia social e corrupção²⁹⁰.

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.politize.com.br/medindo-a-corrupcao/> Acesso em 10 de jun de 2017.

²⁸⁶ A metodologia utilizada pode ser facilmente entendida por meio do documento disponibilizado pela ONG no link http://files.transparency.org/content/download/2054/13228/file/CPI_2016_ShortMethodologyNote_EN.pdf. Acesso em 10 de jun de 2017.

²⁸⁷ O grau de exclusão social foi medido, para os países que fazem parte da OECD, através do Índice de Inclusão Social (*Social Inclusion Index for OECD countries*), disponível no estudo “Indicadores para Governança Sustentável” (*Sustainable Governance Indicators*), publicado pela Fundação Bertelsmann e disponível no link: http://www.sgi-network.org/docs/2016/thematic/SGI2016_Social_Inclusion.pdf Acesso em 10 de jun. de 2017. Já para os países que não fazem parte da OECD, o indicador utilizado para representar o grau de exclusão social foi o Indicador de Bem-Estar Social (Welfare Regime Indicator), presente no estudo “*Bertelsmann Transformation Index*”, disponível em <https://www.bti-project.org/en/reports/> Acesso em 10 de jun. de 2017

²⁸⁸ Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (Organisation for Economic Co-operation and Development) – OECD, mais informações disponíveis em <http://www.oecd.org/about/>, acesso em 10 de jun. de 2017.

²⁸⁹ Mais informações em: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/home/> Acesso em 10 de jun. de 2017.

²⁹⁰ Mais informações disponíveis em:

Infelizmente, o Brasil figura em uma posição muito ruim²⁹¹ no Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index*), da Transparência Internacional, ocupando, em 2016, a 79ª colocação dentro 176 países avaliados, com apenas 40 pontos.²⁹²

Dentre os desafios ao combate à corrupção no Brasil apontados pela Transparência Internacional estão a corrupção no governo e nos partidos, o financiamento de campanhas políticas, a corrupção em nível estadual e municipal e as contratações para grandes obras públicas.

Não obstante os pontos negativos elencados, os relatórios da ONG também destacam alguns pontos positivos, com grande potencial para tornarem-se evoluções significativa no que tange ao combate à corrupção institucionalizada.²⁹³

Dentre eles estão a maior vigilância da política nacional pela opinião pública, a exemplo do julgamento do Mensalão e as investigações relativas à Operação Lava Jato, altamente retratadas pela mídia e acompanhada de perto pela população.

Outro fator elencado é o aumento da participação da sociedade civil na vida política do país, a exemplo da promulgação da Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que foi resultado de iniciativa popular.

Além disso, o maior acesso à informação e a transparência institucional, fomentadas pela Estado através da Lei n. 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, foi destaque ao fornecer mecanismos facilitadores e ferramentas, como o Portal Transparência, para que o cidadão comum possa fiscalizar o uso do dinheiro público.

Por fim, a Transparência Internacional também elogiou a Lei Anticorrupção, especialmente no que tange à responsabilização administrativa das empresas que participam de esquemas de corrupção, sancionando-as com pesadas multas que pode variar de 0,1% até 20% do faturamento da empresa.²⁹⁴

https://www.transparency.org/news/feature/corruption_and_inequality_how_populists_mislead_people Acesso em 10 de jun. de 2017.

²⁹¹ Mais informações disponíveis em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#resources Acesso em 10 de jun de 2017.

²⁹² Mais informações disponíveis em: <https://www.transparency.org/country/BRA> Acesso em 10 de jun de 2017.

²⁹³ Mais informações; https://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_good_news Acesso em 10 de jun. de 2017

²⁹⁴ “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida,

3.2 A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/13): RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E COMPLIANCE

No contexto brasileiro, muito se escreve sobre as origens culturais e históricas do patrimonialismo no Estado, e da utilização do público em prol do particular, desde à colonização portuguesa, atravessando o período Imperial e enraizando-se na República brasileira.

O fato é que, nos dias de hoje, a corrupção é combatida, no Brasil, com responsabilização do agente nas três esferas.

Na esfera penal, como já mencionado, o Título XI da Parte Especial, Dos Crimes contra a Administração Pública, do Código Penal, é encarregado dessa tarefa.

Na esfera civil, destaca-se a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92; assim como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/93, e a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85.

Já na esfera administrativa, além de algumas disposições na já mencionada Lei de Licitações, e na própria Lei Antitruste, o protagonismo é da Lei n. 12.846/2013.

A responsabilização administrativa das infrações cometidas contra o patrimônio da Administração Pública, desta forma, é regulada pela Lei Anticorrupção. A referida lei nasce da resposta do legislador brasileiro aos anseios sociais relativos às notícias, cada vez mais frequentes, de episódios de corrupção envolvendo órgãos estatais.

Conforme Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa:

É necessário também compreender o contexto histórico para a remessa aprovação do Projeto de Lei - PLC n° 39/2013 que resultou na Lei em comento. Além de ansiosos por dar resposta à seara internacional e, talvez também à voz população manifestada nas ruas no mês de junho de 2013, os dirigentes e parlamentares brasileiros decidiram pôr fim a alguns projetos escolhidos a dedo, que pelo título, poderia produzir um conjunto de normas que marcassem uma mudança de paradigma. A norma que tramitou por mais de quatro anos foi terminada às pressas e sancionada logo após fervor das manifestações vistas país afora.²⁹⁵

quando for possível sua estimação” In BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

²⁹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. **Breves Comentários à Lei de Responsabilização Administrativa e Civil de Pessoas Jurídicas pela Prática de Atos contra**

A reação social aos escândalos de corrupção que deu origem à resposta legislativa, na forma da Lei n. 12.846/13, também gerou iniciativa de outros setores da sociedade.

O Ministério Público Federal – MPF, por exemplo, apresentou “As 10 medidas contra a Corrupção”²⁹⁶, cujas propostas encontram-se resumidas abaixo, como segue:

1. Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação:
 - a. realização de testes de integridade, isto é, a “simulação de situações, sem o conhecimento do agente público ou empregado, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer crimes contra a Administração Pública”;
 - b. investimento de um percentual entre 10% e 20% dos recursos de publicidade dos entes da Administração Pública em ações e programas de marketing voltados a estabelecer uma cultura de intolerância à corrupção, conscientizar a população dos danos sociais e individuais causados por ela, angariar apoio público para medidas contra corrupção e reportar esse crime;
 - c. treinamento reiterado de todos os funcionários públicos em posturas e procedimentos contra a corrupção;
 - d. estabelecimento de códigos de ética claros, adaptados para cada carreira;
 - e. realização de programas de conscientização e pesquisas em escolas e universidades;
 - f. garantia de sigilo da fonte, para estimular a denúncia de casos de corrupção;
 - g. obrigação de o Judiciário e o Ministério Público prestarem contas da duração dos processos em seus escaninhos.
2. Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos;
3. Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores:

a Administração Pública, Nacional ou Estrangeira. In NASCIMENTO, Melilo Dinis do (Org.). Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 31.

²⁹⁶ Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>

- a corrupção envolvendo valores superiores a cem salários mínimos passa a ser considerada crime hediondo, não cabendo, dentre outros benefícios, o perdão da pena, integral ou parcial (indulto ou comutação);
4. Aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal, por meio de alterações pontuais do Código de Processo Penal (CPP) e uma emenda constitucional:
 - a. execução imediata da condenação quando o tribunal reconhece abuso do direito de recorrer;
 - b. revogação dos embargos infringentes e de nulidade; a extinção da figura do revisor;
 - c. vedação dos embargos de declaração de embargos de declaração;
 - d. simultaneidade do julgamento dos recursos especiais e extraordinários;
 - e. novas regras para habeas corpus; e,
 - f. possibilidade de execução provisória da pena após julgamento de mérito do caso por tribunal de apelação.
 5. Celeridade nas ações de improbidade administrativa:
 - a. alterações na Lei nº 8.429/92;
 - b. criação de varas, câmaras e turmas especializadas para julgar ações de improbidade administrativa e ações decorrentes da lei anticorrupção;
 - c. acordos de leniência para fins de investigação.
 6. Reforma no sistema de prescrição penal;
 7. Ajustes nas nulidades penais;
 8. Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2:
 - a. responsabilização objetiva dos partidos políticos em relação a práticas corruptas;
 - b. criminalização da contabilidade paralela (caixa 2); e,
 - c. criminalização eleitoral da lavagem de dinheiro oriundo de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.
 9. Prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado;

10. Recuperação do lucro derivado do crime:

- a. criação do confisco alargado; e,
- b. ação civil de extinção de domínio.

As medidas propostas pelo MPF para o combate à corrupção e à impunidade deram origem, após a coleta no número suficiente de assinaturas, à Projeto de Lei de Iniciativa Popular, apresentado em 29 de março de 2016 ao Congresso Nacional.

Hoje, o Projeto de Lei n. 4.850/2016, que se encontra tramitando junto à Câmara dos Deputados, reúne todas as propostas contidas nas 10 Medidas contra a Corrupção.

Entende-se que a atuação do Ministério Público, tanto no âmbito Federal, quanto no Estadual, no combate às condutas que coloquem em risco o patrimônio público, é legítima, porque ancorada nas próprias funções institucionais do Órgão, explícitas na Constituição Federal.

Pedimos vênias no presente momento para, em apreço à completude do trabalho, e arcando com o custo de repetir os apontamentos do capítulo anterior, esmiuçar os dispositivos constitucionais e legais que tratam da referida competência ministerial, a fim de traçar, assim, relevante paralelo com a defesa da ordem econômica.

Diz o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal que

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei n. 8.625/93, também contempla previsão semelhante, em seu artigo 25, inciso IV, alínea 'b':

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

[...]

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

Observa-se que a mesma previsão está presente na Lei Orgânica do Ministério Público da União, a Lei Complementar n. 75/93:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

a) o patrimônio nacional;

b) o patrimônio público e social;

[...]

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

[...]

b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;

[...]

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

[...]

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;

[...]

f) à probidade administrativa;

[...]

XVII - propor as ações cabíveis para:

a) perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal;

b) declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças;

c) dissolução compulsória de associações, inclusive de partidos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal;

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) também determina, em seu artigo 80, que sejam aplicados aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, os ditames da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93):

Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Deste modo, na ausência de previsão expressa em suas Leis Orgânicas, também é função dos Ministérios Públicos dos Estados a proteção da Ordem Econômica.

Por fim, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Lei Complementar n. 197/00, reproduz a legislação nacional e federal, para fazer constar, em seu artigo 82 que:

Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

VI - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para: [...]

b) a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

d) a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas, fundacionais ou entidades privadas de que participem;

[...]

IX - responsabilizar os gestores de dinheiro público por contas irregulares ou ilegalidade de despesa e prática de atos de improbidade administrativa;

[...]

XII - promover, além da ação civil pública, outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, interesses individuais homogêneos, especialmente quanto à ordem econômica, à ordem social, ao patrimônio cultural, à probidade administrativa e ao meio ambiente;

Já a Lei da Ação Civil Pública, a Lei n. 7.347/85, confere ao Ministério Público legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas que tenham por objeto a proteção da ordem econômica:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

VIII – ao patrimônio público e social.

[...]

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

I - o Ministério Público;

[...]

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Não há dúvida, portanto, que cabe ao Ministério Público a fiscalização e sancionamento de qualquer empresa, nacional ou estrangeira, capaz de causar danos ao patrimônio público ou colocar em risco o funcionamento da Administração Pública,

de modo que a Lei Anticorrupção se adequa pertinentemente às suas incumbências legais.²⁹⁷

Mantendo essa premissa em mente, passaremos a tratar, agora, justamente da Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Inicialmente, é preciso frisar que a lei sofreu inúmeras críticas, ao promover a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelas condutas nela previstas.²⁹⁸

Da mesma forma que ocorre com as infrações cobertas pela Lei n. 12.529/11, que pune administrativamente as condutas anticoncorrenciais já previstas como crime de cartel da Lei n. 8.137/90, aqui também o mesmo fenômeno toma lugar.

Ambos os diplomas administrativos tratam de elencar condutas já punidas na esfera penal, ampliando o escopo de abrangência do tipo para a pessoa jurídica envolvida na conduta, e retirando o elemento subjetivo da fórmula.

O artigo 5º da Lei n. 12.846/13 elenca as condutas estabelecidas pela lei da seguinte forma:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de

²⁹⁷ Sobre o manejo de institutos de Direito Premial por parte do Ministério Público para o combate à corrupção, já em 2006 Livianu defendia que: “Por isso, outra solução possível, visando a responsabilização dos líderes da prática do crime de corrupção, poderia ser a ampliação das hipóteses dos acordos penais, permitindo-se ao Ministério Público ter mais discricionariedade no exercício do poder punitivo, facultando-lhe o não oferecimento de denúncia em face de criminoso menor que colaborasse para a obtenção de provas incriminadoras em face dos grandes responsáveis pelas condutas, à semelhança da *plea bargaining* estadunidense.” In LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal: Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 162.

²⁹⁸ Guilherme Nucci chega a afirmar que a lei tem caráter penal, pois suas punições possuem a mesma gravidade de pena, e a conduta objetivada é, visivelmente, crime. In NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.108.

vantagem de qualquer tipo;
 d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
 V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Percebe-se que estas condutas já estão previstas no Código Penal e na Lei de Licitações. Para os defensores da aplicação da responsabilização objetiva, a explicação pode ser encontrada na mudança do foco do combate à corrupção, buscando uma atuação preventiva através do estímulo à adoção de políticas de *compliance*, interno às próprias empresas.

A mudança de paradigma trazida pela lei é melhor explicada por Egon Bockmann Moreira e Andreia Cristina Bagatin, quando defendem que

a Lei n. 12.846/2013 inverte a lógica tradicional do combate à corrupção, que antes pretendia basicamente imputar consequências gravosas, *a posteriori*, aos agentes corruptos pessoas físicas — deixando-se de lado as pessoas jurídicas que serviam como instrumento de geração e distribuição dos benefícios indevidos (salvo raras exceções, muitas deles dependentes da prova da culpa grave ou dolo). Ao contrário dessa concepção tradicional, que correlaciona atos ilícitos a castigos contra pessoas físicas, a Lei Anticorrupção instalou um sistema de incentivos econômicos para que as pessoas jurídicas efetivamente incorporem mecanismos de *compliance*. A lógica é preventiva/acautelatória, uma vez que é de todo viável a adoção de boas práticas, as quais, senão impeçam, ao menos atenuem os atos de corrupção. Caso tais boas práticas sejam efetivamente implementadas — dentre elas, o acordo de leniência (ou ao menos a certeza da alta probabilidade de que ele seja celebrado) — e controladas por meio de protocolos-padrão, estará criado o ambiente proativo de real combate à corrupção do lado de dentro das sociedades empresariais.²⁹⁹

Em que pese já termos tratado de *compliance* anteriormente neste estudo, no tópico 1.2, retomaremos o assunto agora para tentar explicar, de modo pormenorizado, a importância desse mecanismo para a preservação da ordem econômica e do patrimônio público, bem como, de maneira reflexa, para a própria

²⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos.** Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014, p. 55/56.

proteção da empresa contra possíveis procedimentos de responsabilização.

Percebendo que o *compliance* empresarial possui uma importância fundamental para a prevenção dos atos que levam a danos contra o patrimônio público, o legislador procurou estimular a adesão das empresas brasileiras aos programas de compliance.

Os paralelos que já havíamos aduzido neste trabalho em relação às Leis n. 12.529/11 (Antitruste) e 12.846/2013 (Anticorrupção) verificam-se de maneira relevante neste tópico. Como será demonstrado a seguir, o *compliance* empresarial é ferramenta estatal muito útil para que o Poder Público promova a prevenção à corrupção, refletindo as mesmas observações que fizemos anteriormente quanto ao seu uso no combate às infrações contra a ordem econômica.

O Estado não é capaz de fiscalizar de modo onipresente a atividade econômica no país. Também não há maneira de eliminar completamente o risco que a atividade empresarial cria à livre iniciativa e à livre concorrência. O patrimônio público também está vulnerável ao risco dessa atividade, pois agentes públicos, corrompidos pelo poder econômico, podem envolver-se em atividades ilícitas, manipulando normas e políticas públicas para aumentar os lucros de agentes privados.

Por esse motivo, o Estado procura fugir da lógica fiscalizatória e punitivista, instaurando mecanismos preventivos e acautelatórios para a consecução efetiva do objetivo constitucional. A quebra de paradigma que permitiu a instalação dos mecanismos de Direito Premial no nosso ordenamento jurídico é parte do mesmo movimento que fez penetrar em nosso país a consciência da importância do *compliance* como mecanismo de combate à corrupção.

Dito em outras palavras, se estamos enfatizando a importância do Acordo de Leniência como incentivo à observância das normas estruturantes da Ordem Econômica, e, agora, como ferramenta à disposição do Poder Público para aplacar os efeitos deletérios da corrupção, também cabe demonstrar que o *compliance* possui igual importância para o atingimento desses objetivos.

Para explicar porque o *compliance* compreende um sistema que provoca uma situação de ganha-ganha para a Administração Pública e para as empresas que adotam esse programa, precisamos analisar o contexto no qual ele se desenvolve, e as premissas lógicas que levam à sua adoção.

Inicialmente, é necessário entender que a preocupação estatal com o fomento aos mecanismos de *compliance*, nasce de um contexto de sociedade de risco,

em que a atividade empresarial no mercado assume riscos, inerentes à sua própria natureza, de provocar prejuízos à ordem econômica.³⁰⁰

A compreensão da chamada sociedade de risco exige uma nova abordagem das políticas públicas responsáveis por estruturar o sistema econômico nacional. Os avanços da tecnologia e do modo de produção capitalistas expõem, sem dúvida, a sociedade aos riscos de sua atividade, e cabe ao Estado realizar a proteção e a regulamentação do seu funcionamento.

No marco desta sociedade de riscos de BECK, os perigos trazidos, pela manipulação de tecnologias que apresentam riscos de contaminação em escala global, as tragédias ambientais, os riscos de manipulação de energia nuclear trazem perigos que não podem mais ser confinados geograficamente. Será neste contexto social, caracterizado por uma crescente comunidade global unida pela tecnologia e assombrada por seus riscos, que os Estados Democráticos deverão fazer florescer seus sistemas econômicos e regular, através de seus ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais, seu funcionamento e proteção.³⁰¹

Nada obstante, cumpre salientar que a fiscalização e a punição das empresas infratoras já não são mais suficientes para preservar os bens jurídicos eleitos pelo ordenamento como dignos de proteção; o Estado não é capaz de atingir esse objetivo inflando desmesuradamente os poderes de polícia dos órgãos repressores.

Reconhecemos, então, que é impossível ao Poder Público realizar a fiscalização de cada ato de comércio quanto à regularidade em relação às normas construídas para proteger a Ordem Econômica. Também parece claro que o risco é inerente à atividade empresarial, não sendo possível a sua aniquilação completa.

A partir disso, então, o Estado começou a delegar ao ente privado a responsabilidade de observar a regularidade de sua atividade, bem como a correta atuação de seus prepostos:

Desta forma, a preocupação com a governança empresarial, compreendida como a fiscalização e manutenção dos corretos procedimentos - de um determinado ordenamento jurídico - nas empresas, começou a tomar maiores proporções na agenda de preocupações estatal.³⁰²

³⁰⁰ BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo**. Barcelona, Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

³⁰¹ BUSATO, Paulo César; RAINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao Uso Dogmático do Compliance como Eixo de Discussão de uma Culpabilidade de Pessoas Jurídicas. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237

³⁰² BUSATO, Paulo César; RAINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao Uso Dogmático do Compliance como Eixo de Discussão de uma Culpabilidade de Pessoas Jurídicas. In: DAVID, Décio Franco. (Org.);

Articulando, então, o papel preventivo do *compliance* com a responsabilidade normativa do Estado, Paulo César Busato e Tracy Joseph Rainaldet, explicam que

O *compliance* não é senão uma determinação estatal de atuação preventiva na criminalidade econômica. As transações internacionais, marcadas por empresas transnacionais, exigem um padrão de confiança que o *compliance* pretende garantir. Desta feita, o Estado possui três formas de atuar na proteção desses bens jurídicos: editando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou tornando vinculantes os códigos de conduta internos das empresas. Neste contexto, entra em cena o denominado criminal *compliance*, que se caracteriza como diretrizes de cumprimento das normas vigentes, a fim de evitar o cometimento de delitos. Trata-se de uma autorregulação regulada, em que a empresa se responsabiliza pela criação de diretrizes de governança corporativa e de gestão de riscos que atendam às normas vigentes.³⁰³

Nesse contexto, o *compliance* é importante ferramenta à disposição do Estado, pois permite que ele privatize sua responsabilidade de prevenção da atividade ilícita, compartilhando-a com o particular através da obrigatoriedade da autorregulação no âmbito interno das empresas.

Utilizando a Lei de Lavagem de Capitais, Lei n. 9.613/98 como exemplo, percebemos nos artigos 10 e 11 a criação do mecanismo de *compliance*, ao qual nos referíamos. Neles, ocorre essa transferência de responsabilidade, ao implementar regras de conduta que possuem como objetivo a prevenção dos delitos previstos naquela lei dentro e fora da empresa.³⁰⁴

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237

³⁰³ BUSATO, Paulo César; RAINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao Uso Dogmático do Compliance como Eixo de Discussão de uma Culpabilidade de Pessoas Jurídicas. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 259.

³⁰⁴ “Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça. III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. [...] Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos

Em relação à referida lei, comentam Natália Dib e Sérgio Lima que

No âmbito subjetivo, há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em aplicar, ou não, o instituto do *compliance*. Assim, cada empresa que tenha por objetivo a evitação de responsabilização penal e a diminuição de riscos, buscando preservar sua imagem, reputação e credibilidade, definirá uma série de regras de comportamentos, a serem exigidos dos colaboradores, inclusive gerentes e diretores da empresa. Serão os *compliance officers* os profissionais responsáveis pelo controle interno da empresa, e eles atuarão em departamento específico ou através de terceirização, assumindo o dever de vigilância do cumprimento de tais regras.³⁰⁵

Por mais que, ao contrário da Lei de Lavagem de Dinheiro, não haja tratamento tão detalhado quanto às responsabilidades dos agentes econômicos vinculadas às suas condutas, pode-se dizer que as Leis Antitruste e Anticorrupção também incentivam o *compliance* ao estipular a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Nesse sentido,

nota-se que os deveres impostos àquelas pessoas para o cumprimento de exigências que, nitidamente, objetivam a prevenção de crimes no interior das corporações, constituem verdadeiro *compliance*, ainda que a Lei não tenha utilizado o termo, preferindo enquadrar conceitualmente tais deveres com o mandamentos normativo-legais objetivos.³⁰⁶

O risco da atividade empresarial autoriza o Estado, não só a transferir à

de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes: II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas; a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo. III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.” In BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

³⁰⁵ DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance e Sistema Preventivo de Controle sob a Perspectiva dos Crimes contra o Sistema Financeiro*. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

³⁰⁶ BUSATO, Paulo César; RAINALDET, Tracy Joseph. *Crítica ao Uso Dogmático do Compliance como Eixo de Discussão de uma Culpabilidade de Pessoas Jurídicas*. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244.

pessoa jurídica a responsabilidade de monitorar a adequação dos seus procedimentos administrativos aos parâmetros normativos e a conduta dos seus funcionários, como também viabiliza a realização da imputação objetiva das infrações administrativas previstas na Lei Antitruste e Anticoncorrencial. Explica Paulo Busato que

Por conta disso é que se diz, hoje, que o critério do risco é algo que deve ser inserido na teoria do delito, pois está presente no cotidiano das pessoas. Como diferentes são os níveis de risco, também a tolerância em relação a cada um deles não é igual. Assim, por conta da fragmentariedade do Direito Penal, eleitos os interesses mais fundamentais ao convívio social, estabelecer-se-ão, conforme as modernas teorias funcionalistas, os parâmetros de riscos tolerados pela sociedade. Aqueles riscos que ela estiver disposta a admitir serão limitados, ou mesmo proibidos - proibição que, mormente o caráter coletivo dos interesses atinentes à ordem econômica, tem sido realizada, crescentemente, na forma dos delitos culposos, de mera atividade e de perigo. Assim é que se tem, na esteira da moderna teoria da imputação objetiva, a avaliação se determinada conduta criou ou incrementou risco proibido, devendo-se avaliar, em suma, (i) se o resultado danoso decorreu do exercício do risco; (ii) se a ação do agente não tenha visado diminuir o risco; (iii) se o risco realizou-se no resultado concreto; e (iv) se o resultado não se encontra fora do alcance do tipo ou da esfera de proteção da norma.³⁰⁷

Se, por um lado, o Estado percebe um benefício claro decorrente da transferência às empresas dos custos de manutenção da regularidade às normativas legais, por outro a empresa também se beneficia da adoção dos programas de *compliance*.

Ora, se toda a atividade empresarial organizada está sujeita a defeitos advindos da imperfeita estruturação dos seus setores internos, em relação à observância do estrito cumprimento dos deveres legais, abrem-se possibilidades para que colaboradores mal-intencionados possam se aproveitar do ente empresarial para o cometimento de ilícitos.

Por esse motivo, aderir de forma voluntária a um programa de *compliance*, mostra a preocupação dos administradores com a mitigação dos riscos criados pelas imperfeições organizacionais da empresa.

Ainda em relação a essa questão, Michele Cabrera pontua que

A empresa seria, antes de mais nada, uma estrutura social complexa, voltada para a produção ou para a circulação de bens ou serviços. Para alcançar o

³⁰⁷ BUSATO, Paulo César; RAINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao Uso Dogmático do Compliance como Eixo de Discussão de uma Culpabilidade de Pessoas Jurídicas. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 137

fim ao qual se propõe, tal entidade deve organizar-se e possui plena liberdade para tanto. Não obstante, tal processo de organização pode ser imperfeito, de modo a ocasionar falhas estruturais na corporação, as quais, por sua vez, podem fomentar a prática delitiva no seio do ente coletivo. Essa estrutura defeituosa, por conseguinte, colocaria a empresa fora da zona de risco permitida pelo Direito Penal e, por tal motivo, o ente coletivo deveria ser sancionado. A presença de um sistema de *compliance* serviria para identificar e prevenir a ocorrência de tais desvios estruturais e, portanto, em contrapartida, sua ausência conduziria fatalmente ao reconhecimento de culpabilidade.³⁰⁸

A ausência do *compliance* no âmbito empresarial pode elevar a culpabilidade da empresa, no que diz respeito a culpa *in vigilando*, da mesma forma que imputação objetiva da responsabilidade da pessoa jurídica no que tange à responsabilização administrativa por atos corruptos de seus prepostos, ou de atos que lesem a concorrência. A respeito disso, Michelle Cabrera lembra que

Anne Ehrhardt, por exemplo, entende que a realização do crime pela pessoa física pode ser atribuída à pessoa jurídica, em face de esta não ter realizado um adequado controle interno da produção destes resultados. Ou seja, defende o reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica pelo simples fato de que a empresa pode fazer algo em relação ao fato de seu representante.³⁰⁹

A *contrario sensu*, então, pode-se concluir que a empresa que demonstrar a adoção de todas as medidas que estavam ao seu alcance para instaurar programa de *compliance* empresarial, deve ser beneficiada com a mitigação da sua culpabilidade frente à autoridade fiscalizadora.

Para a teoria construtivista³¹⁰, o *compliance* empresarial advém da obrigação que a empresa possui em mitigar o risco criado por ela mesma através da adoção de boas práticas procedimentais e de organização interna capaz de garantir o

³⁰⁸ CABRERA, Michelle Gironda. Compliance e Imputação Objetiva: Criação de Risco Proibido. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40

³⁰⁹ CABRERA, Michelle Gironda. Compliance e Imputação Objetiva: Criação de Risco Proibido. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43

³¹⁰ “Este tipo de modelo se caracteriza, como ya han puesto de relieve algunos autores, por la estimulación de la autorresponsabilidad empresarial. Dicha estimulación se torna fundamental en el seno de una sociedad de riesgo en la que gran parte de sus riesgos característicos están sometidos al control quasi exclusivo de las organizaciones empresariales. En este sentido, el modelo de autorresponsabilidad penal empresarial facilita el control (descentralizado) del riesgo y la guía económica, dando respuesta a las necesidades sociales al mismo tiempo que respetando la autonomía empresarial” In GÓMEZ-JARA, Carlos. **Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weeze**. Polít. crim. Vol. 5, Nº 10 (Diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf] 455 Acesso em: 10 de jun. de 2017, p. 474.

adequado cumprimento da legislação.³¹¹

A não observância da obrigatoriedade ética de seguir um programa de *compliance* justifica a imputação objetiva da pessoa jurídica por infração realizada por pessoa física que pertença a seu quadro funcional, ou, pelo menos autoriza o reconhecimento de culpa *in vigilando*.

Conclui-se, então, que “o atendimento à exigência da realização de um programa de *compliance* seria uma atitude empresarial de fidelidade ao Direito Penal, ou seja, seria a demonstração de obediência à norma”³¹², digna de ensejar a mitigação da culpabilidade da empresa. Não fosse assim, estaria neutralizado qualquer objetivo incentivador que o legislador pudesse querer dar com a criação da lei.

Cabe, por fim, deixar registrado que o Decreto n. 8.420/2015, regulamentador da responsabilidade administrativa da Lei Anticorrupção, determinou que, no âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, caso a empresa possua em funcionamento Programa de Integridade, esse fato deve ser levado em consideração para fins da dosimetria das sanções aplicadas. Assim, diz o parágrafo §4º do artigo 5º do Decreto n. 8.420/2015:

Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

[...]

§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

Por sua vez, o Programa de Integridade é tratado no Capítulo IV do Decreto em questão, e o artigo 41 o conceitua como sendo

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta,

³¹¹ TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as a Third Track. Brodowski, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Vogel. (Org.) **Regulating Corporate Criminal Liability**. London: Springer, 2014, p. 14.

³¹² CABRERA, Michelle Girona. Compliance e Imputação Objetiva: Criação de Risco Proibido. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49

políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

O artigo 42 do Decreto 8.420/2015 elenca os critérios objetivos que a comissão do PAR deverá observar na análise do Programa de Integridade para fins de diminuição da multa aplicada ao administrado, fornecendo base para que a empresa organize seu programa de *compliance* de acordo com os ditames da norma legal.

Além do estímulo ao *compliance* como forma de combate efetivo à corrupção, a Lei n. 12.846/2013 previu a possibilidade de que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos contra a Administração Pública, desde que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, promovendo a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

3.3 A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/13): ACORDO DE LENIÊNCIA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Acordo de Leniência está previsto nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção, bem como nos artigos 28 até 40 do Decreto 8.420/2015. Na Lei n. 12.846/13 o Acordo segue com redação que reproduziremos abaixo, para fins e seu estudo:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração

investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus [arts. 86 a 88](#).

A doutrina, ao comparar o Acordo de Leniência previsto na Lei Anticoncorrencial com o Acordo de Leniência previsto aqui, na Lei Anticorrupção, destaca que aquele é mais vantajoso que este.

Por exemplo, não há, aqui na Lei Anticorrupção, a previsão de que a pessoa física envolvida nos atos lesivos não será responsabilizada penalmente pela prática do ilícito.

Também não há previsão de que o leniente não será responsabilizado na esfera civil, o que pode diminuir o efeito incentivador para que os infratores procurem a administração para solicitar a leniência, já que, sem dúvida, uma série de infrações previstas na Lei n. 12.846/13 são idênticas a infrações previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Por esse motivo, Tarcisio Teixeira, Beatriz Batisti e Marlon de Sales:

Um dos fatos que torna o acordo de leniência pouco atraente é que os benefícios do presente pacto não são estendidos às pessoas naturais,

partícipes ou co-autoras dos atos ilícitos, o que pode ensejar um conflito de interesse, haja vista que o acordo pode ser atrativo à pessoa jurídica, mas não à pessoa física. Além disso, o acordante pode sofrer no âmbito civil uma ação de improbidade administrativa, dado que quase todas, senão todas, as infrações da Lei Anticorrupção coincidem com as infrações da Lei de Improbidade. Dessa forma, ao celebrar o acordo de leniência e reconhecer a sua participação no ato ilícito, poderá ter em seu desfavor uma ação civil pública, dado que a lei Anticorrupção não estendeu os efeitos do acordo de leniência para as infrações da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992)³¹³

Ao comparar os dois institutos, Flaviane de Magalhães Barros chega a mesma conclusão, conforme trecho abaixo:

Já no cenário brasileiro os institutos da leniência concorrencial e da leniência na lei anticorrupção são distintos, embora tratem da mesma regra de benefício de pena pela colaboração. Apesar daquela prevista na lei anticorrupção não trazer reflexos diretamente penais, como no caso anticoncorrencial, acaba por constituir um critério preventivo que pressupõe uma autodenúncia e a confissão para autoridades competentes havendo, inclusive, consequências jurídicas no âmbito cível e criminal.³¹⁴

Outra questão que cabe agora abordar é o fato de que, mais uma vez, a legislação não mencionou o papel do Ministério Público no Acordo de Leniência Anticorrupção, voltando seu foco para a responsabilização administrativa, a ser promovida de forma mais dinâmica por qualquer autoridade administrativa.

Mesmo assim, o próprio Ministério Público Federal vem utilizando-se da legislação anticorrupção para promover acordos de leniência e desestruturar condutas organizadas de particulares que promovem grave lesão ao patrimônio público.

Para Leonardo Bastos Nunes, apoiado na Teoria dos Poderes Implícitos, e considerando que o Acordo de Leniência tem por finalidade impor medidas de reparação do ilícito causado por atos violadores da Lei pelas empresas privadas, tendo por escopo promover o ressarcimento ao ente lesado, exsurge a respectiva atribuição do Ministério Público para firmar os compromissos contidos no pacto de leniência.³¹⁵

Da mesma forma entende Toshio Mukai, ao defender que

³¹³ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. **Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo a Dispositivo**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 134/135.

³¹⁴ MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros de. **A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal brasileiro: um estudo a partir da 'Operação Lava Jato'**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.24, n.122, p. 93-113, ago. 2016., p. 101.

³¹⁵ NUNES, Leandro Bastos. **A atribuição do Ministério Público para firmar Acordo de Leniência**. Disponível em <https://leompf.jusbrasil.com.br/artigos/420602116/a-atribuicao-do-ministerio-publico-para-firmar-acordo-de-leniencia?ref=topic_feed>. Acesso em 8 abr. 2017.

Não esquecendo, também, outro ponto que não pode deixar de ser considerado, a mera celebração de um acordo na esfera administrativa não tem o condão de impedir o prosseguimento de uma ação judicial em curso, posto que seria clara violação ao princípio da separação e harmonia dos poderes, bem como pelo fato de que processos administrativos não se confundem com processos judiciais, como estabelece o inciso LV do art. 5Q da Constituição Federal.³¹⁶

No ano de 2015, então, com o objetivo de aumentar a flexibilidade do instrumento normativo em comento, a Medida Provisória 703/2015 modificou o artigo 16 da Lei Anticorrupção, para tornar facultativa a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos Acordos de Leniência.

As modificações foram bem recebidas pelo Órgão Ministerial, em especial devido as duras críticas a que a redação original da lei foi submetida, como se verá a seguir.

Originalmente, estavam autorizados a celebrar Acordo de Leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei Anticorrupção que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo apenas a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

A Medida Provisória n. 703/2015 determinou que os legitimados para o Acordo passavam a ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública.

Ademais, a redação original do artigo foi bastante criticada, sobretudo pelos Membros do Ministério Público, justamente por não prever a participação do parquet na celebração de Acordos de Leniência. Buscando sanar essa falha, a Medida Provisória inova, também, exatamente neste ponto, assim, a alteração perpetrada no caput do artigo 16 tem por escopo permitir a participação do Ministério Público nos Acordos de Leniência. Contudo, pelo texto do presente artigo tal participação é meramente facultativa, ponto este que merece a pertinente crítica, pensamos que melhor seria se a participação do Ministério Público fosse obrigatória, porquanto traria uma maior segurança jurídica para as empresas.³¹⁷

Desta forma, com a redação modificada pela Medida Provisória n. 703/2015, o Ministério Público passa a ter conhecimento dos fatos desde o momento da

³¹⁶ MUKAI, Toshio. **Alterações na Lei Anticorrupção nos acordos de leniência (MP 703/2015)**. Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo, v.9, n.51, p. 16-25, jul./ago. 2016, p. 21.

³¹⁷ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. **Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo a Dispositivo**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 138.

instauração do processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica envolvida:

A antiga redação do citado dispositivo legal permitia que o Ministério Público tomasse conhecimento apenas das conclusões do processo administrativo, que objetiva apurar a responsabilidade da pessoa jurídica que se suspeita tenha cometido ato de corrupção. A nova redação tem o condão de permitir que o Ministério Público tenha conhecimento desde o momento da instauração do citado processo administrativo.³¹⁸

Outro importante acréscimo que a Medida Provisória trouxe à Lei Anticorrupção foi tornar obrigatório, no Acordo de Leniência, que a empresa se responsabilize a aderir à programa de *compliance* empresarial, com o objetivo de prevenir que ela volta a se envolver em atos de corrupção.

A possibilidade de que cláusula voltada a esse objetivo estivesse presente na redação do acordo já era prevista anteriormente, como percebemos pela redação do artigo 37, inciso IV, do Decreto n. 8.420/2015:

Art. 37. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:

[...]

IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

No entanto, a sua previsão era apenas facultativa até a vigência da Medida Provisória n. 703/2015. A referida Medida Provisória incluiu o inciso IV, ao parágrafo 1º do artigo 16 da Lei n. 12.846/2013, conforme abaixo:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

[...]

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

[...]

IV - a pessoa jurídica se comprometa a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

Essa modificação marca a preocupação do legislador com a importância

³¹⁸ MUKAI, Toshio. **Alterações na Lei Anticorrupção nos acordos de leniência (MP 703/2015)**. Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo, v.9, n.51, p. 16-25, jul./ago. 2016, p. 16.

que o instituto do *compliance* possui para evitar que a empresa se envolva em atos de corrupção, servindo de barreira efetiva para a participação dos seus colaboradores em conluíus destrutivos ao patrimônio público. Por esse motivo, Teixeira, Batisti e de Sales apontam que

Por derradeiro, a Medida Provisória trouxe a obrigatoriedade de que a pessoa jurídica se comprometa a criar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta. Este requisito, o qual também é um dos resultados que deve ser implementado pelo Acordo de Leniência, é de suma importância na prevenção de delitos, a Lei busca com isso que as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção aprendam com seus erros de forma a aprimorar seus mecanismos de controles ou criá-los para que, futuramente, não se vejam mais envolvidas em escândalos de corrupção. A Lei preocupa-se com a prevenção dos atos ilícitos e busca evitar a reincidência empresarial em atos de corrupção. Neste aspecto, avança a Medida Provisória buscando o aprimoramento de mecanismos preventivos. Mais uma vez a Lei busca fortalecer os mecanismos de *compliance*.³¹⁹

A Medida Provisória n. 703/2015 pretendia, ainda, entre outras coisas, estender o benefício de exclusão de responsabilidade judicial (civil e criminal), barrado anteriormente pelo artigo 18 da Lei n. 12.846/13, visando aproximar ainda mais o Acordo de Leniência anticorrupção ao seu correlato instituto do direito antitruste.

Os parágrafos 11 e 12, introduzidos pela Medida Provisória n. 703/2015 tinham o objetivo de tornar o Acordo de Leniência mais atraente às empresas envolvidas em atos de corrupção, posto que seriam verdadeiros obstáculos para que o Poder Público ajuizasse ações para buscar a responsabilização civil das empresas:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

[...]

§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

§ 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.

Desta forma, caso o Acordo fosse celebrado com a participação da

³¹⁹ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. **Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo a Dispositivo**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 141/142.

Advocacia Pública correspondente, conforme o parágrafo 11, esta ficaria impedida de ajuizar ação civil voltada a buscar as sanções do artigo 19 da Lei Anticorrupção³²⁰, bem como a Ação de Improbidade Administrativa³²¹.

Caso o Ministério Público participasse, o impedimento seria ainda maior, conforme parágrafo 12, barrando todos os legitimados, independente de participação no Acordo de Leniência.

Para garantir a coerência do incentivo imunizador pretendido, o artigo 18 da Lei Anticorrupção também foi modificado da seguinte forma:

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, **exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência**, observado o disposto no § 11, no § 12 e no § 13 do art. 16. (grifos nossos)

Assim, caso fosse objeto do acordo, afastar-se-ia a incidência da Lei n. 8.429/92, Lei da Improbidade Administrativa, instrumento para a responsabilização civil do infrator, bem como dos dispositivos do Código Penal que tratam da responsabilização penal dos ilícitos contra Administração Pública, ou seja, o Título XI da Parte Especial.

Note-se que a exclusão de responsabilidade judicial era expressamente proibida pela redação original do artigo 18 da Lei n. 12.846/13, não podendo, em hipótese alguma, ser objeto do acordo de leniência firmado entre o Estado e o particular.

Os dispositivos da Medida Provisória foram, inclusive, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5466), no Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada

³²⁰ “Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5o desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.” In BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017

³²¹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.” In BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017

pelo Partido Popular Socialista (PPS).

A ação constitucional pleiteava a suspensão da eficácia dos dispositivos modificados sob o argumento de que eles podem fragilizar a atuação do Ministério Público, principal instituição que atua em defesa do patrimônio público, conforme competência atribuída pelo artigo 129, III, CFRB.

A referida Medida Provisória n. 703/2015, no entanto, decaiu sem a sua transformação em lei em tempo hábil pelo Congresso Nacional, promovendo a perda do objeto da ADIn 5466, conforme julgamento recente.³²²

Existe, hoje, em seu lugar, tramitando no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 3636/2015, que pretende tratar da matéria antes regulada pela Medida Provisória n. 703/2015.

Sua principal contribuição será, novamente, fornecer ao Ministério Público e à Defensoria Pública, em conjunto com a autoridade administrativa, ou isoladamente, a competência de promover o Acordo de Leniência no âmbito da Lei n. 12.846/2013.

Além disso, o projeto prevê, também, a tão aguardada regulamentação da extensão dos efeitos do Acordo em relação às pessoas físicas signatárias, para possibilitar que a participação do Ministério Público as isente das sanções penais e de improbidade administrativa, decorrentes da prática do ato infrator.

Essa inclusão é considerada fundamental para aumentar o apelo do Acordo de Leniência aos possíveis delatores, sendo a sua ausência a principal crítica doutrinária ao dispositivo legal.

No mais, seu conteúdo não recebeu muitas mudanças em relação à redação original da Medida Provisória n. 703/2015, de modo que a comunidade jurídica aguarda expectante o desfecho do procedimento legislativo.

Preocupa, no entanto, a possibilidade de que o regime de urgência à qual está submetida a tramitação do PLS 3.636/2015 possa vir a prejudicar a discussão necessária sobre as emendas a serem analisadas pelo parlamento brasileiro.

Salienta-se que, até o fechamento deste estudo, o projeto mencionado encontrava-se aguardando entrar em pauta para discussão no plenário da Câmara dos Deputados.³²³

Por outro lado, nasce também a dúvida relativa à validade dos acordos celebrados durante a vigência da Medida Provisória caducada, em especial no que

³²² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309436>

³²³ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>

tange a eficácia das cláusulas de imunidade diante da Ação de Improbidade Administrativa.

Parece-nos que a alternativa mais racional, até para a preservação da segurança jurídica necessária para a manutenção da ordem social e do correto funcionamento das instituições públicas diante da legislação, é o reconhecimento integral da validade desses Acordos de Leniência, aplicando o Princípio do *Tempus Regit Actum*.³²⁴

Ademais, entende-se que essa pode ser a oportunidade perfeita para regulamentar a participação do Ministério Público no Acordo de Leniência em todo o ordenamento jurídico, a fim de dirimir de vez a insegurança jurídica na sua aplicação, e de possibilitar a mais completa eficácia do instituto.

Não podemos olvidar, também, do Projeto de Lei n. 4.850/2016, projeto de iniciativa popular advinda das “10 medidas contra a corrupção” do Ministério Público Federal, voltado a adaptar uma miríade de leis, a fim de instrumentalizar, não só o Ministério Público, mas toda a Administração Pública, no combate à corrupção.

Esperamos, por fim, que o legislador seja capaz de sintetizar todas as questões trazidas nesse trabalho a fim de regulamentar a participação do Ministério Pública nos Projetos de Lei em tramitação no parlamento, permitindo a mais ampla e profunda atuação do Órgão Ministerial no combate às infrações contra a Ordem Econômica e à corrupção.

³²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22a ed. São Paulo. Atlas. 2005. vol. 1, p. 58

CONCLUSÃO

A participação plena do Ministério Público, guardião constitucional da Ordem Econômica e defensor do patrimônio público, nos Acordos de Leniência pactuados no Direito Brasileiro, é essencial para efetivar a defesa da concorrência e o combate à corrupção.

A Ordem Econômica, disposta pela Constituição Federal, foi erigida com base nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Por essa razão, a defesa da concorrência é essencial para manter a Ordem Econômica funcionando adequadamente conforme os princípios constitucionais.

A principal ofensa à livre concorrência é o conluio entre empresas para, abusando do poder econômico, manipular preços dos produtos e o fornecimento dos insumos produtivos. As condutas cartelizadoras são extremamente deletérias à atividade econômica saudável, e sua repressão, no Brasil, acontece na esfera penal e administrativa.

Na esfera administrativa, a Lei n. 12.529/11, conhecida como Lei Antitruste, fornece os parâmetros para que o controle concorrencial possa ocorrer. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, é a autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e ao Ministério da Fazenda, responsável por fiscalizar as condutas e as estruturas das empresas.

Dentre outras ferramentas, o CADE faz uso do Programa de Leniência, voltado a incentivar as empresas infratoras a desarticularem o cartel do qual fazem parte, delatando sua existência e o envolvimento de outros responsáveis, em troca de imunidade das sanções administrativas e penais.

O Acordo de Leniência é, assim, importante fonte probatória para desvelar condutas fraudulentas que ocorrem, por sua própria natureza, em sigilo, na obscuridade, e travestidas de negócios jurídicos lícitos.

Para que o Acordo de Leniência possua exequibilidade na esfera penal, é essencial a participação do Ministério Público, pois é dele a incumbência privativa de manejar a Ação Penal Pública, e muitas das infrações previstas na Lei n. 12.529/11 também são ilícitos penais, tipificados na Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

O sucesso obtido pelo CADE no combate às condutas anticoncorrenciais

levou o legislador a positivar o uso do Acordo de Leniência também no combate à corrupção, devido às semelhanças que as infrações apresentam, prevendo-o na Lei n. 12.846/13, a Lei Anticorrupção.

A Lei Anticorrupção descreve as condutas que representam infrações administrativas ao patrimônio público, prevendo a responsabilização objetiva das empresas envolvidas na prática de atos contra a administração pública e fornecendo mecanismos preventivos e repressivos a tais condutas.

Um desses mecanismos é o *compliance* empresarial, tratado pela lei em diversos momentos, inclusive quando se refere ao Programa de Integridade. O *compliance*, que possui natureza preventiva e acautelatória, ao transferir para a empresa a responsabilidade pela fiscalização das condutas dos colaboradores e a adequação dos seus atos às normas legais, é importante mecanismo estatal de prevenção à corrupção.

Também deve ser encarado como método de mitigação da culpabilidade da empresa, no caso do eventual envolvimento de algum de seus prepostos em atividades ilícitas. A comissão que analisa o processo administrativo de responsabilização deve, portanto, levar em consideração a existência do programa de *compliance* para, em conformidade com os critérios de avaliação dispostos pela lei, reduzir as penalidades eventualmente aplicadas à empresa.

Outro meio essencial de combater a corrupção é o Acordo de Leniência. Aqui também é fundamental a participação efetiva do Ministério Público, a fim de levar a cabo o objetivo legal de incentivar as empresas a delatarem seu envolvimento em práticas lesivas à Administração.

Atualmente, a responsabilidade pela assinatura do Acordo de Leniência é do Poder Executivo, na figura do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, de modo que a participação do Ministério Público não é obrigatória.

Além disso, não há previsão de extensão dos efeitos do Acordo de Leniência às esferas penal e cível para as pessoas físicas envolvidas. Essa lacuna legal é fator que pode desencorajar as empresas a aderirem ao Programa de Leniência, porque os administradores, sócios, colaboradores e prepostos, identificados na participação das infrações, permaneceriam expostos a pesadas penas legais, bem como ao ajuizamento de Ação Civil de Improbidade Administrativa, apesar de eventual esforço colaborativo.

Caberá, então, ao parlamento brasileiro analisar os projetos de lei

apresentados recentemente para regularizar o instituto, e confeccionar legislação moderna, compatível com a eficiência buscada pelo Direito Premial, e capaz de oferecer melhores condições operacionais para que o Acordo de Leniência se cristalize como efetivo instrumento de combate à corrupção no Brasil.

Para isso, deve conter previsão da participação obrigatória do Ministério Público nos Acordos de Leniência, bem como previsão legal para que se abra à discricionariedade do ente fiscalizador a opção de incluir no seu objeto a imunidade penal e civil para as pessoas físicas envolvidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus E. M. de. Concorrência desleal. In: **COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 470-496.

BAGATIN, Andreia Cristina - **Price Squeeze e os mercados recém-liberalizados**. Boletim de Ciências Económicas. Vol. 50. Universidade de Coimbra; Coimbra, Portugal: 2007. p. 257-315. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316.2/24764> Acesso em: 15 de mai. 2017.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo**. Barcelona, Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

BERTELSMANN Stiftung. **Social Inclusion Report. Sustainable Governance Indicators 2016**. Disponível em: http://www.sgi-network.org/docs/2016/thematic/SGI2016_Social_Inclusion.pdf Acesso em: 10 de jun. de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. **Tratado de direito penal econômico: volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2016. 819

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm Acesso em 11 de jun. 2017.

_____. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 28 de mai. 2017

_____. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm> Acesso em: 28 de mai. 2017.

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017

_____. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2011.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm> Acesso em: 28 de mai. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 197, de 13 de julho de 2000.** Disponível em: <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=348>> Acesso em: 28 de mai. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm Acesso em: 10 de jun. de 2017.

_____. **Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 4.850, de 29 de março de 2016.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B89DDEEAB81AC489786CD492190C7C38.proposicoesWebExterno1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em 10 de jun. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 3.636, de 16 de novembro de 2015.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1413698&filename=PL+3636/2015>. Acesso em 8 de abr. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE de Combate a Cartéis e Programa de Leniência.** Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf/view>. Acesso em: 8 de abr. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf> Acesso em 15 mai. 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE.** Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-lenienencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 8 de abr. 2017.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso do seu Exercício.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BUSATO, Paulo César; RAINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao Uso Dogmático do Compliance como Eixo de Discussão de uma Culpabilidade de Pessoas Jurídicas. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminal Compliance e Ética Empresarial: Novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

CABRERA, Michelle Gironda. Compliance e Imputação Objetiva: Criação de Risco Proibido. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAIXETA, Simone Letícia de Sousa. **Regime Jurídico da Concorrência: As diferenças entre concorrência desleal e infração à Ordem Econômica**. Curitiba: Juruá, 2005.

CARVALHO, Vinicius M. de. O sistema Brasileiro de defesa da concorrência. In: **COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 363-388.

CARVALHOSA, Modesto. **Poder econômico: a Fenomenologia - seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: RT, 1967.

_____. **Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1973.

COASE, R. H. **The Problem of Social Cost**. Journal of the Law and Economics. Vol III, University of Virginia: outubro de 1960. Disponível em: <https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> Acesso em: 19 de mai. 2017

CRETELLA JÚNIOR, José. Livre iniciativa e Direito Concorrencial. In COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. Compliance e Sistema Preventivo de Controle sob a Perspectiva dos Crimes contra o Sistema Financeiro. In: DAVID, Décio Franco. (Org.); GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. **Breves Comentários à Lei de Responsabilização Administrativa e Civil de Pessoas Jurídicas pela Prática de Atos contra a Administração Pública, Nacional ou Estrangeira**. In NASCIMENTO, Melilo Dinis do (Org.). Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; BIANCHINI, Alice (Colab.). **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FERRAZ, André Santos. **A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos**. Dissertação apresentada perante a Universidade de Brasília, 2013.

FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago** RDC, Vol. 2, nº 2, nov. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sanções por infração à ordem econômica na lei concorrencial. In: **COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 404-428.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Análise econômica do direito e direito da concorrência brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.98, p. 231-255, jul./dez.2008.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial de estruturas. In: **COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 429-469.

GÓMEZ-JARA, Carlos. **Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weeze**. Polít. crim. Vol. 5, Nº 10 (Diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf] 455 Acesso em: 10 de jun. de 2017.

GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. **O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, n.1, p. 199-227, jan./2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The Modern Leniency Program After Ten Years**. Disponível em: < <https://www.justice.gov/atr/file/518851/download> > Acesso em: 7 de mai. 2017.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOVENKAMP, H. J. **Antitrust policy after Chicago**. Michigan Law Review, v. 84, pp. 213-284, 1985.

KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H.; SALOP, Steven C. **Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law**. Airlie House Conference on the Antitrust Alternative - Georgetown Law Journal Association. Whashington, USA: 2015. Disponível em: < <https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal: Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/qual-e-a-proposta-indeciente-que-torna-viavel-a-delacao-premiada/> Acesso em 4 jun. 2017.

MACEDO. Rafael Rocha de. **Direito da Concorrência: Instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico**. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2008.

MAIA. Rodolfo Tigre. **Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MECELIS, Adriana. **Aspectos constitucionais da proteção da ordem econômica**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-constitucionais-da-protecao-da-ordem-economica,32411.html#_ftn5> Acesso em 13 de mai. 2017.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte , v.12, n.45, p. 153-167, jan./mar. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 1**. 22a ed. São Paulo. Atlas. 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. Leme/SP: JH Mizuno, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros de. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal brasileiro: um estudo a partir da 'Operação Lava

Jato'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.24, n.122, p. 93-113, ago. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o Conceito de Constituição Econômica**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

_____. **Direito Econômico**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1986.

MUKAI, Toshio. Alterações na Lei Anticorrupção nos acordos de leniência (MP 703/2015). **Revista Síntese Direito Empresarial**, São Paulo, v.9, n.51, p. 16-25, jul./ago. 2016.

_____. **Regulamentação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção contra pessoas físicas e jurídicas do Direito Privado)**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v.15, n.174, p. 55-63, ago./2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas: volume 1**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas: volume 2**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASCIMENTO, Melilo Dinis do. **O Controle da Corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. In NASCIMENTO, Melilo Dinis do (Org.). Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NUNES, Leandro Bastos. **A atribuição do Ministério Público para firmar Acordo de Leniência**. Disponível em <https://leompf.jusbrasil.com.br/artigos/420602116/a-atribuicao-do-ministerio-publico-para-firmar-acordo-de-leniencia?ref=topic_feed>. Acesso em 8 abr. 2017.

OCTAVIANI, Alessandro. Controle de condutas no direito econômico concorrencial brasileiro. In: **COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial: volume 6 - estabelecimento empresarial, propriedade industrial, direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 389-403.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Crimes do poder econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ORLANDO, Anthony. **An Early Assessment of the Sherman Antitrust Act: Three Case Studies**. Wharton Research Scholars University of Pennsylvania, Filadélfia: 2009. Disponível em:

<http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=wharton_research_scholars>. Acesso em: 5 mai. 2017

PESSALI, Huáscar Fialho. **Teoria dos Custos de Transação: Uma Avaliação à Luz de Diferentes Correntes do Pensamento Econômico**. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.

PIRAINO JR, Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century**. Indiana Law Journal Vol. 82, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=ilj>> Acesso em 7 mai. 2017, p. 346-409.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 4ª ed. Boston: Little-Brown, 1992.

_____. **Antitrust Law**. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Temas direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

SANTOS, André Maciel Vargas dos. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10270>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de. **A Teoria dos Custos de Transação: Uma Análise a partir das Críticas Evolucionistas**. Revista Iniciativa Econômica - UNESP. São Paulo, Vol. 2, n. 1., 2015. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/iniciativa/article/view/7301>> Acesso em 28 mai. 2017.

SOARES, Danielle de Almeida Mota, SILVA, Guilherme da. TORREZAN, Raphael Guilherme Araujo. **Aplicação Ambiental do Teorema de Coase: O Caso do Mercado de Créditos de Carbono**. Revista Iniciativa Econômica - UNESP. São Paulo, Vol. 2, n. 2., 2015. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/iniciativa/article/view/8691>> Acesso em 28 mai. 2017.

SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público**. 14 de fevereiro de 2013. Disponível em:

<<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2013/02/da-impossibilidade-do-uso-do-acordo-de.html>>. Acesso em 29 mai. 2017.

SILVA FILHO, Edison Benedito da. **A Teoria da Firma e a Abordagem dos Custos de Transação: Elementos para uma Crítica Institucionalista**. Pesquisa e Debate, SP, volume 17, número 2 (30) pp. 259-277, 2006 Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/download/11819/8544> Acesso em 28 mai. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo , v.103, n.947, p. 157-177, set./2014.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de leniência e seus reflexos penais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.12, n.68, p. 32-39, out./nov. 2015.

SKLAR, Martin J. **The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The Market, the Law, and Politics**. Cambridge University Press, Cambridge: 1988, p. 93-154.

SOARES, Daniel Vieira Bogéa. **Nova lei Antitruste – impactos e desafios**. Revista Jurídica Consulex. Ano XVI. N. 366 – 15 de abr. de 2012, p. 26/27.

SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público**. Boletim IBCCCRIM Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/exibir-artigos.php?id=3a35>> Acesso em 12 jun. 2017.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação**. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 8, p. 131-146, n. 2, 2001, p. 134.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos** 4. ed. rev. atual, e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. **Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo a Dispositivo**. São Paulo: Almedina, 2016.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as a Third Track. Brodowski, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Vogel. (Org.) **Regulating Corporate Criminal Liability**. London: Springer, 2014.

UNITED NATIONS. **Department of Economic and Social Affairs. Analysing and Measuring Social Inclusion in a Global Context**, 2010. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/publications/measuring-social-inclusion.pdf> Acesso em 10 jun. 2017.

VAZ, Delano Aragão. **A Lei n. 12.529/11 como parte da Constituição Econômica da República**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 119-124, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1682/1710>> Acesso em 25 mai. 2017.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VERAS, Ryanna Pala. **Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo, 2006.

VIANNA FILHO, Ivan Xavier. Acordo de leniência, segurança jurídica e princípio da confiança legítima. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, v.14, n.55, p. 223-242, jul./set. 2016.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach**. American Journal of Sociology, Volume 87, N. 3, Nov., 1981, 548-577. Disponível em: <https://www2.bc.edu/candace-jones/mb851/Feb19/Williamson_AJS_1981.pdf> Acesso em 28 mai. 2017.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985.